Die Rechtswohltat des Notbedarfs zugunsten des Schenkers im Laufe ihrer geschichtlichen Entwicklung unter besonderer Berücksichtigung ihrer Geltung im heutigen Recht.

Inaugural-Dissertation

der juristischen Fakultät

der Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechte

vorgelegt von

Josef Grothusmann

aus Flaesheim (Kr. Recklinghausen)

Approbiert am 7. Oktober 1927.

40 15

Gedruckt bei Heinr. & J. Lechte, Emsdetten i. Westf.

1 * 9 * 2 * 9

Sv. 361

Die Rechtswohltat des Notbedarfs zugunsten des Schenkers im Laufe ihrer geschichtlichen Entwicklung unter besonderer Berücksichtigung ihrer Geltung im heutigen Recht.

Inaugural-Dissertation

der juristischen Fakultät

der Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechte

vorgelegt von

Josef Grothusmann

aus Flaesheim (Kr. Recklinghausen)

Approbiert am 7. Oktober 1927.

40 15

Gedruckt bei Heinr. & J. Lechte, Emsdetten i. Westf.

1 * 9 * 2 * 9

Referent: Geh. Justizrat Professor Dr. jur. et phil. Kübler.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41533901_0017

Meiner treuen Mutter
in Liebe zugeeignet.

Inhaltsübersicht.

Seite

Einleitung.

§ 1 Begriff, Zweck und Entstehungsgrund der Rechtswohltat des Notbedarfs in ihrer allgemeinen Bedeutung 1

§ 2 Die wechselnden Bezeichnungen der Rechtswohltat in den verschiedenen Perioden ihres Bestehens 3

Erster Teil.

Der Werdegang des beneficium competentiae zugunsten des Schenkers von seinem Ursprung bis zur Aufnahme in das B. G. B.

Kapitel I.

Inhalt und Bedeutung des Rechtsinstituts.

1. Im römischen Recht.

a) Seine Entstehung auf Grund eines Reskripts des Kaisers Antoninus Pius als condemnatio in id, quod debitor facere potest und die Reichweite seiner Vergünstigung.

§ 3 α) Einleitende Bemerkungen. 5

§ 4 β) Die bislang umstrittene Bedeutung der Privilegformel und deren eigentlicher Sinn 12

§ 5 γ) Die einzelnen Vorteile des beneficium donatoris im Vergleich zu der Rechtslage des gemeinen Schuldners sowie desjenigen, der bonis zediert hat 16

§ 6 b) Seine bevorzugte Ausstattung vor den anderen Kondemnationsprivilegien durch Erweiterung seines Inhalts gemäß der lx. 30 D. de re jud. 42, 1 (Pomponiusstelle) bezw. lx. 19. § 1 D. eod. (Paulusstelle) 25

§ 7 c) Die Einwirkung der justinianischen lx. 173 pr. D. de div. reg. jur. 50, 17 auf sein Bestehen und die teilweise Einbüßung seiner Vorrangstellung vor den übrigen Benefizien 33

2. In den auf den römischen Quellen fußenden Rechtsbildungen der nachrömischen Zeit bis zum Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches.

§ 8 a) Seine literarische Wiedergeburt unter den Glossatoren und Kommentatoren bei gleichzeitiger Umbildung seines Grundcharakters und seine Aufnahme in das gemeine Recht im Wege der allgemeinen Rezeption des Corpus juris Justiniani 44

§ 9 b) Seine Gestaltung in den partikularen Gesetzgebungen . 50

Kapitel II.

§ 10 Die juristische Natur der condemnatio in id, quod donator facere potest an Hand der Quellen und deren Stellung im Rechtssystem 56

Seite

Kapitel III.

Die gerichtliche Geltendmachung des beneficium donatoris im römischen und gemeinen Recht.

1. Im Rahmen der römischen Prozeßordnungen.

§ 11 a) Das Erscheinen des Schenkerprivilegs als eigentümlich geartete aber trotzdem wahre exceptio dilatoria . . . 58

§ 12 b) Die unterschiedliche Art und Wirkung seiner Vorschützung in den beiden Formen des Formular- und Kognitionsverfahrens 60

2. Im Rahmen der nachrömischen auf der Grundlage der justinianischen Kodifikation aufgebauten Prozeßordnungen.

§ 13 a) Die unzutreffende Beurteilung der prozessualen Bedeutung des beneficium competentiae unter der Glosse und besonders unter der Herrschaft des gemeinen Rechts 66

§ 14 b) Die Einschränkung der nachträglichen Vorschützungsmöglichkeit durch die §§ 37 und 78 des Jüngsten Reichsabschiedes von 1654, sowie durch § 686 der Reichszivilprozeßordnung vom 30. Januar 1877 68

Kapitel IV.

§ 15 Die besonderen Voraussetzungen zum Erwerb der Schenkerwohltat; deren Ausschließungs- und Erlöschungsgründe . . . 70

Zweiter Teil.

Das beneficium donatoris nach dem geltenden Recht.

Kapitel I.

§ 16 Seine Aufnahme in das Bürgerliche Gesetzbuch: § 519 . . . 73

Kapitel II.

Die Bedeutung und der Inhalt des Rechts der Erfüllungsverweigerung.

§ 17 1. Seine Voraussetzungen 76

§ 18 2. Die Prüfung der Berechtigung zu seiner Inanspruchnahme . 80

§ 19 3. Die Art seiner Geltendmachung und seine Wirkungsweise . 82

§ 20 4. Besondere Regelung bei Vorliegen mehrerer gegen denselben Schuldner gerichteten Schenkungsansprüche 84

Schlußbemerkung.

§ 21 Die Institution der Rechtswohltat des Notbedarfs für den Schenker auch in der heutigen Gesetzgebung noch eine rechtliche Notwendigkeit 86

Literaturverzeichnis.

I. Betreffs des römischen, gemeinen und partikularen Rechts.

Albrecht: Die Exzeptionen des gemeinen teutschen Zivilprozesses. München 1835.

Altmann: Das beneficium competentiae, seine historische Entwicklung, juristische Natur und gegenwärtige Geltung. Jnaug.-Diss. Berlin 1888.

Bayer: Theorie des Konkurs-Prozesses nach gemeinem Recht. München 1836.

v. Bethmann-Hollweg: Der germanisch-romanische Zivilprozess Vl. Bd. I. Abtlg. Bonn 1874.

„ Der Zivilprozess des gemeinen Rechts in geschichtl. Entwicklung Bd. II (der römische Zivilprozess: formulae) Bonn 1865.

Brinz: Lehrbuch der Pandekten Bd. II, 1. Abtlg., 2. Aufl. Erlangen 1879.

Dabelow: Lehre vom Konkurse der Gläubiger. Halle 1801.

Dernburg: System des römischen Rechts: Pandekten Bd. II, bearbeitet von Sokolowski, 8. Aufl. Berlin 1912.

„ Lehrbuch des Preussischen Privatrechts Bd. II, 5. Aufl., Halle 1897.

Eccius: Das beneficium competentiae in Holtzendorffs Rechtslexikon, Bd. I, 3. Aufl., Leipzig 1880.

„ Preussisches Privatrecht Bd. I, Berlin 1896.

Fischer: Zur prozessualen Behandlung des beneficium competentiae in Jherings Jahrbüchern für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts, Bd. XXXIV, S. 459 ff., Jena 1895.

Francke: Ueber die Rechtswohltat der Kompetenz nebst Bemerkungen über die sogen. prozessualische Konsumtion der Klagen. Abtlg. 14 im Archiv für die zivilistische Praxis, Bd. XXIII, Heidelberg 1840.

Gans: Kann auch der socius unius rei nur in id, quod facere potest, verurteilt werden? Jm Archiv für die zivilistische Praxis. Bd. II, Titel 21. Heidelberg 1821.

Girard: Geschichte und System des römischen Rechts, übersetzt von Mayr, Berlin 1908.

Goeschen: Vorlesungen über das gemeine Zivilrecht. Bd. II, 2. Abtlg., Göttingen 1839.

Gothofredus, Jacobus: In titulum pandectarum de diversis regulis juris antiqui commentarius. Genevae 1653.

Heimbach: Abhandlungen über das beneficium competentiae im Rechtslexikon von Weiske. Bd. I, S. 877 ff. Leipzig 1839.

Hellfeld: Dissertatio de beneficio competentiae ex proprio aeque ac tertii jure in seinen opuscula et dissertationes juris civilis privati; ed. Fischer, Jena 1775.

Holtius: Ueber das beneficium competentiae in der bibliotheque du Jurisconsulte et du Publiciste, Teil I, p. 389—405 Liège 1826; in der Uebersetzung von Sutro, erschienen in den Abhlg. zivilistischen und handelsrechtlichen Inhalts als Abhlg. V zu Utrecht 1852.

Keller, F. L. Der römische Zivilprozess u. die Aktionen. 5. Ausg. bearb. von Wach. Leipzig 1876.

Koch: Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten, Teil I, Titel 1—11 mit Kommentierungen. Bd. I. Berlin 1884.

Kohler, J. Recht und Prozess in Grünhut's Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart Bd. XIV, Abhdlg. 1, Wien 1887.

Lenel. Das edictum perpetuum. 3. Aufl. Leipzig 1927.

Pernice: Labeo. Römisches Privatrecht im ersten Jahrhundert der Kaiserzeit Bd. II, Abtlg. 1, 2. Aufl., Halle 1895.

Rehbein-Reincke: Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten, Teil I Titel 1—11, mit Erläuterungen Bd. I, Berlin 1894.

v. Savigny: System des heutigen römischen Rechts. Bd. IV, Berlin 1841.

Schoemann: Handbuch des Zivilrechts. Bd. II, Giessen und Wetzlar 1806.

Seufferts: Archiv. Bd. XII, München 1859.

Sohm: Institutionen. Geschichte und System des Römischen Privatrechts. 17. Aufl., bearbeitet von Mitteis. München und Leipzig 1923.

Sintenis: Das praktische gemeine Zivilrecht. Bd. II, Obligationenrecht. Leipzig 1847.

Sintenis: Von der prozessualischen Natur des beneficium competentiae. Abhlg. XIII, in der Zeitschrift für Zivilrecht und Prozess. Bd. XV, Giessen 1841.

Thibaut: Zivilistische Abhandlungen. Heidelberg 1814.

Trappenberg: Kann der delegierte Schenker dem Delegatar gegenüber das beneficium competentiae geltend machen? Jnaug.-Diss., Barmen 1898.

Unterholzner: Lehre des römischen Rechts von den Schuldverhältnissen. Bd. I, herausgegeben von Huschke, Leipzig 1840.

v. Vangerow: Lehrbuch der Pandekten. Bd. I, 7. Aufl., Marburg und Leipzig 1876.

Wendt: Lehrbuch der Pandekten. Jena 1888.

Wenger: Jnstitutionen des römischen Zivilprozessrechts. München 1925.

„ Zur Lehre von der actio judicati. Graz 1901.

Wetzell: System des ordentlichen Zivilprozesses, Leipzig 1878.

Windscheid-Kipp: Lehrbuch des Pandektenrechts. Bd. I u. II, 9. Aufl., Frankfurt 1906.

Wlassak: Cessio bonorum in Bd. III der Real-Enzyklopädie der klassischen Altertumswissenschaft von Pauly-Wissowa. Stuttgart 1899.

Wünsch: Zur Lehre vom beneficium competentiae; ausgewählte Leipziger Doktor-Dissertation. Leipzig 1897.

Zasius, Ulrich: Jn titulo institutionum de actionibus, enarratio. Lugduni 1551.

Zimmern: Geschichte des römischen Privatrechts. Bd. III, (der römische Zivilprozess). Heidelberg 1829.

Zipperling: Das Wesen des beneficium competentiae in geschichtlicher Entwicklung. Marburg 1907.

II. Betreffs des Deutschen Bürgerlichen Rechts:

Crome: System des Deutschen Bürgerlichen Rechts. Bd. II (Recht der Schuldverhältnisse, 1. u. 2. Hälfte) Tübingen und Leipzig 1902.

Dernburg: Das bürgerliche Recht des Deutschen Reiches u. Preussens. Bd. II, (Recht der Schuldverhältnisse), 3. Aufl., Halle 1905/06, u. Bd. IV. (Familienrecht), 4. Aufl., Halle 1908.

Endemann: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. I, (Allgemeiner Teil u. Recht der Schuldverhältnisse) 9. Aufl., Berlin 1903.

Enneccerus (Kipp u. Wolff): Lehrbuch des Bürgerl. Rechts. Bd. I, 2. Abtlg. (Recht der Schuldverh.) 9. Bearbeit., Marburg 1923.

Fischer-Henle: Bürgerl. Gesetzbuch (Handausgabe), 9. Aufl., München 1912.

Heilfron: Lehrbuch des Bürgerl. Rechts. II. (Recht der Schuldverh.), 2. Aufl., Berlin 1902.

„ Lehrbuch des Zivilprozessrechts. Bd. I. u. II., 3. Aufl. Mannheim usw. 1921.

Kohler, J.: Lehrbuch des Bürgerl. Rechts. Bd. I (Allgemeiner Teil) Berlin 1906.

Langheineken: Anspruch und Einrede nach dem Deutschen Bürgerl. Gesetzbuch. Leipzig 1903.

Neumann: Handausgabe des Bürgerl. Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Bd. I u. II, 4. Aufl., Berlin 1905.

Oertmann: Kommentar zum B.G.B.:Recht der Schuldverh. 3. u. 4. Aufl., Berlin 1910.

Opet: Das Verwandschaftrecht des Bürgerl. Gesetzb. für das Deutsche Reich., Berlin 1899.

Opet u. v. Blume: Kommentar zum B.G.B. Familienrecht, Berlin 1906.

Planck: Kommentar zum Bürgerl. Gesetzbuch. Bd. II, (Recht der Schuldverh.), 1. Hälfte von 1914, 2. Hälfte von 1923. 4. Aufl., Berlin u. Leipzig.

Radicke: Das beneficium competentiae des Schenkers bei der Verbürgung und bei der Schuldübernahme im Archiv für bürgerl. Recht. XXXII, Berlin 1908.

Reichel: Die Schuldmitübernahme in Abhlg. zum Privatrecht und Zivilprozess des Deutschen Reiches, herausgegeben von Fischer, München 1909.

Reichgerichtsräte-Kommentar des Bürgerl. Gesetzbuches (mit bes. Berücksichtigung der Rechtssprechung des Reichsgerichts), erläutert von Busch usw. Bd. I (Allg. Teil u. Recht der Schuldverh.) 5. Aufl., Berlin und Leipzig 1923.

Ritter: Zur Rechtswohltat des Notbedarfs in den Beiträgen zur Erläuterung des Deutschen Rechts, begründet von Gruchot. Jahrg. 46, S. 43 Berlin 1902.

Schollmeyer: Kommentar zum B. G. B.:

a) Allgem. Teil des Rechts der Schuldverh. II, 1 München 1900.

b) Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse II, 2, 2. Aufl., Berlin 1904.

Soergel: Bürgerl. Gesetzbuch unter Verwertung der ges. Rechtsprechung u. Rechtslehre, Bd. I u. II, 3. Aufl. Berlin 1926.

Sydow-Busch-Krantz: Zivilprozessordnung u. Gerichtsverfassungsgesetz, 18. Aufl., Berlin u. Leipzig 1925.

Staudinger: Kommentar zum Bürgerl. Gesetzbuch, erläutert von Engelmann usw. Bd. II (Recht der Schuldverh.) u. Bd. IV, (Familienrecht) 7./8. Aufl. von 1912/13 mit Nachtrag von 1922, München usw.

Warneyer: Kommentar zum Bürgerl. Gesetzbuch, Bd. I. u. II., Tübingen 1923.

Einleitung.

§ 1. Begriff, Zweck und Entstehungsgrund der Rechtswohltat des Notbedarfs in ihrer allgemeinen Bedeutung.

Unter der Rechtswohltat des Notbedarfs in ihrer umfassenden Bedeutung versteht man das gewissen Personen zustehende Vorzugsrecht, bestimmten Gläubigern gegenüber die geschuldete Leistung insoweit zu verweigern, als dadurch der eigene standesmässige Unterhalt zum täglichen Leben entzogen und die Möglichkeit genommen wird, den gesetzlichen Alimentationspflichten nachzukommen. Seiner juristischen Natur nach erscheint somit obiges Institut[1]) als ein materielles Gegenrecht, durch dessen Geltendmachung bewirkt wird, dass der an sich begründete klägerische Anspruch ganz oder teilweise abgewiesen wird. Hiernach stellt dasselbe ein zivilrechtliches Privileg dar und nicht ein exekutorisches, wie Dernburg[2]) mit allem Nachdruck betont. Als wirkliche Exekutionsprivilegien sind vielmehr die Bestimmungen der §§ 811 und 850 der Zivilprozessordnung anzusehen, in denen eine eingehende Aufzählung von Sachen und Forderungen erfolgt ist, die von der Pfändung direkt ausgeschlossen sind. Letztere Institution, in der Literatur als objektives oder absolutes beneficium competentiae gekennzeichnet, ist aber, abgesehen von der Gemeinsamkeit des erstrebten Wirtschaftszweckes, durchaus verschieden von unserm oben behandelten, dem sogen. subjektiven beneficium competentiae, bezüglich seiner ganzen Wesensart. Während die subjektive Kompetenz dem materiellen Recht angehört und bloss von bestimm-

---

[1]) Wenn hier und im folgenden von der Rechtswohltat des Notbedarfs als einem Rechtsinstitut gesprochen wird, so ist damit nicht an ein organisch aufgebautes, einheitliches Rechtssystem gedacht, sondern es ist damit die Gesamtheit der im Gesetz zerstreuten einzelnen Erscheinungsformen gemeint, in denen der Gedanke der genannten Rechtswohltat vertreten ist.

[2]) Pand. Bd. II § 314 Text zur Note 3 u. Preuss. Privatr. Bd. II. § 110 Note 5 (z. Schluss). Aus der Form der Darstellung geht hervor, dass Dernburg den für die römisch-gemeinrechtliche Kompetenz ausgesprochenen Gedanken auch auf die heutige Rechtswohltat angewandt wissen will. — Gegen die Dernburg'sche Auffassung fast alle, insbesondere Kohler (Grünhut's Zeitschr. Abhlg. I, S. 22/23 und die von ihm Note 50 erwähnte Rechtsprechung.)

ten Personen in Anspruch genommen werden kann auf Grund besonderer zwischen Gläubigern und Schuldnern vorhandener obligatorischer Beziehungen, umfasst die objektive Kompetenz als Vollstreckungsrecht einen Teil des Prozessrechts und damit des öffentlichen Rechts und steht unterschiedslos jedem Schuldner zu ohne Rücksicht auf die spezielle Art der vorliegenden Forderung. Erstere stellt demnach ein Sonderrecht einiger weniger Bevorzugter dar, ein jus singulare, das nur dann Berücksichtigung findet, wenn der Berechtigte sich ausdrücklich darauf beruft; letztere dagegen ist Gemeingut aller, ein jus commune, das von Amts wegen beachtet werden muss. Formal juristisch betrachtet ist daher die Benennung „beneficium" für die Pfändungsbeschränkungen ganz und gar unpassend, denn ein Recht, das jedermann zugute kommt, kann nicht mehr als „beneficium juris" bezeichnet werden, weil es dann aufgehört hat, das zu sein, was es doch sein soll, nämlich ein Ausnahmerecht zugunsten einzelner Personen oder Personenkreise.

Die Jdee, die dem beneficium competentiae zugrunde liegt, ist sozialer Natur. Gewisse Schuldner, die durch die besondere Beschaffenheit des obligatorischen Verhältnisses oder kraft inniger persönlicher Beziehungen mit ihren Gläubigern besonders nahe verbunden sind, sollen vor rücksichtsloser und ruinöser Geltendmachung der gegen sie gerichteten Forderungen in bevorzugter Weise geschützt werden. Die Gesetzgebung erachtet es bei Vorliegen gegebener Tatumstände als ein Gebot der Billigkeit und der guten Sitte, dass die Jnteressen des Schuldners in erhöhterem Masse wahrgenommen werden, als die Schutzbestimmungen der §§ 811 und 850 ZPO. es gemeinhin vermögen. Jn derartigen Fällen soll die Rechtswohltat des Notbedarfs eingreifen, um die Lebensnotwendigkeiten des Verpflichteten zu vertreten und zu verhüten, dass letzterer infolge Erfüllung von solchen freigebigen oder diesen gleichzustellenden Verbindlichkeiten der Gefahr der wirtschaftlichen Verelendung ausgesetzt wird. Dieses Ziel wird in praktischer Weise erreicht durch die in unserer Rechtswohltat liegende Stundungswirkung[3]), indem durch jene Vorschützung das Forderungs-

---

[3]) Auf Grund des ihm kraft gesetzlicher Vorschrift anhaftenden Stundungscharakters besitzt das beneficium competentiae grosse Aehnlichkeit mit dem durch landesherrliche Verfügung bewilligten in neuerer Zeit indes durch Einführungsgesetz zur Reichskonkursordnung vom 10. II. 1877 (bezw. 1. X. 1879) aufgehobenen Generalmoratorium. Was ganz anderes stellen dagegen die unter gewissen Voraussetzungen einen Zahlungsaufschub gewährenden Kriegsnotgesetze von 1914/18 dar. Deren Wirkungsweise war nicht materiellrechtlicher Natur, sondern prozessual und zwar vollstreckungshemmend.

recht des Gläubigers ganz oder teilweise bis zu einer entsprechenden Besserung der schuldnerischen Wirtschaftslage lahmgelegt wird.

Bei der allmählichen Entstehung der einzelnen Kompetenzfälle sind es vorwiegend ethische Gesichtspunkte gewesen, die die Römer zu iher Bildung veranlasst haben. Vom Standpunkt der Moral aus war es unerträglich, dass der Gläubiger seine nächsten Angehörigen oder Personen, denen er zu Dank verpflichtet war, in bitterste Not und Knechtschaft stürzen konnte und das Gesetz selbst die Handhabe dazu bot. Da erschien es nicht mehr als recht und billig, dem Schuldner, der seinem Forderungsberechtigten in dieser Weise persönlich nahestand, ein Schutzmittel vor solch gewaltsamen Massnahmen in die Hand zu geben, damit er fortan nicht mehr auf Gnade und Ungnade seinem Gläubiger ausgeliefert sei. Freilich spielten bei der nüchternen Denkart der Römer auch praktische Erwägungen mit, besonders dann, wenn das intime persönliche Verhältnis zwischen den beiden Parteien nicht so hervortrat. Doch waren diese nicht derart, dass sie stets ausschlaggebend gewesen wären und sittliche Rücksichten so gut wie gar nicht hätten aufkommen lassen, wie Altmann (a. a. O. S. 27/28) nachzuweisen sucht. Man muss vielmehr Sintenis[4]) zustimmen, wenn er sagt, das beneficium competentiae beruhte auf einem „moralischen hier zum Recht erhobenen Element."

§ 2. Die wechselnden Bezeichnungen der Rechtswohltat des Notbedarfs in den verschiedenen Perioden ihres Bestehens.

Was die Bezeichnung der subjektiven Kompetenz anbelangt, so hat diese im Laufe ihrer Entwicklungsgeschichte die verschiedensten Namen geführt. Die Römer, die zuerst einzelne Anwendungsfälle ins Leben gerufen und fortentwickelt haben, bedienten sich meistens der Satzwendungen „condemnatio in id quod (oder in quantum) debitor facere potest;[5]) „condemnatio quatenus facultates patiuntur"[6]) oder „ut non ultra facultates damnetur"[7]). Daneben brauchten sie häufig das Wort: „exceptio"[8]), manchmal auch „ho-

---

[4]) Gemeines Zivilrecht, Bd. II § 91, S. 164. Derselbe Gedanke findet sich in der Abhlg. über die prozessuale Natur des benef. compet. § 3, S. 319/20.

[5]) In § 37 Jnst. d. act. 4, 6; lx. 63 pr. § 1, § 7 pro soc. D.17, 2; lx. 12, lx. 14 § 1, lx. 15 § 2, lx. 18 pr. D. sol. matr. 24, 3; lx. 16—25 D. de re jud. 42, 1; lx. 173 pr. D. de div. reg. jur. 50, 17.

[6]) § 37, Jnst. de act. 4, 6; lx. 49 D. d. pact. 2, 14.

[7]) Lx. 21 D. de re jud. 42, 1.

[8]) Lx. 17 § 2, D. sol. matr. 24, 3; lx. 7, pr. D. de except. 44,1; lx. 63 § 2, D. pro. soc. 12, 2 lx. 33 D. de nov. 46, 2.

nor"[9]), doch höchst selten „beneficium"[10]). Eine einheitliche Benennung, ein Gesamtname für die zahlreichen nach und nach geschaffenen und in den verschiedensten Stellen des Corpus juris behandelten Erscheinungsformen genannter Rechtswohltat ist jedoch den römischen Quellen unbekannt. So etwas kam erst nach Ablauf des Mittelalters auf in der Wortbildung „beneficium bezw. privilegium competentiae". Ueber den genauen Ursprung dieses Ausdrucks herrscht ziemliches Dunkel. Jedenfalls finden wir denselben im 16. Jahrhundert öfters vertreten, nachweisbar zuerst bei dem Deutschen Ulrich Zasius um 1527[11]). Dass aber der Name sich nur langsam einbürgerte, zeigt die Tatsache, dass der Franzose Jacobus Gothofredus noch um die Mitte des 17. Jahrhunderts ihn mit dem Zusatze „quod vocant" versah.[12]) Von da ab wurde allerdings die Beifügung nicht mehr vermerkt. Im Verlauf der Zeit hat sich dann die nachmittelalterliche Formbildung trotz vielfacher Ablehnung allgemeine Anerkennung verschafft. Nur zuweilen wurde ausserdem von einem „privilegium deductionis" gesprochen. Sogar von der modernen Jurisprudenz ist obige Wendung übernommen worden, obwohl dieselbe an sich höchst unlateinisch und wenig sinnvoll ist, wenn man nicht mit dem Worte „competentia" den vorkommenden Begriff „Kompetenz" im Sinne von „notwendigem Lebensbedarf" verbindet.[13]) Auch verschiedene neuzeitliche Verdeutschungen haben jenen Ausdruck nicht zu verdrängen vermocht. Das trifft sowohl für Unterholzners (S. 380 Ueberschr. zu § 181) „Recht der Verurteilung auf das Erschwingliche" zu wie für die zeitweilig vielfach gebräuchliche und noch neuerdings von Dernburg[14]) und Neumann (I. Erläuterung zu § 519) verwendete Form der „Rechtswohltat (bezw. Einrede) der Kompetenz". Die erstgenannte Neubildung ist bei

---

[9]) Lx. 15 § 2, u. lx. 17 pr. D. sol. matr. 24, 3.

[10]) Lx. 13, D. sol. matr. 24, 3; lx. 63, § 1, D. pro. soc. 17, 2.

[11]) Zu § sed et si quis Zff. 6 vergl. Zipperling S. 35, ausserdem zum folgenden Altmann S. 48, N. 8.

[12]) Jn § nemo ex suo delicto lx. 134, p. 565, ff. u. in de condemnatione personarum p. 692.

[13]) Vergl. Wünsch. (S. 11) u. in bezug auf das Vorhergehende S. 12. Die Jnterpretation Dernburgs (Pand. Bd. II § 314 Anm. 1) competentia = in id, quod competit, d. h. was der Schuldner hat, kann nicht befriedigen. Sie gibt keinen der tatsächlichen Bedeutung entsprechenden Sinn. Aehnliches gilt von dem neuerlichen Auslegungsversuch Zipperlings (S. 36/37), der competentia = compotentia (Leistungsfähigkeit) setzt. Jm übrigen ist aber auch Dernburg (oben) von dem neulateinischen Ausdruck wenig erbaut. Er nennt ihn „nichts weniger als elegant". Ebenso bezeichnet ihn schon früher Gans (S. 242) als „unrömisch und unschicklich zugleich."

[14]) Pand. II, § 314 (Ueberschr.) und B.G.B. II, § 208.

der massgebenden Literatur überhaupt nicht in Aufnahme gekommen und die zweite hat sich auf die Dauer ebenfalls nicht behaupten können. Erst Windscheid's (II Ueberschr. zu § 267) vortrefflicher Uebersetzung der „Rechtswohltat (oder der Einrede) des Notbedarfs" ist es gelungen, sich vollends durchzusetzen. Jene Wortprägung stellt heutzutage die am meisten bevorzugte Bezeichnung für die einzelnen im BGB. zerstreuten Geltungsfälle unseres Rechtsinstituts dar, wenn sich auch daneben der latinisierte Name des „beneficium competentiae", auf den fremden Ursprung hinweisend, weiter erhalten hat.

Erster Teil.

Der Werdegang des beneficium competentiae zugunsten des Schenkers von seinem Ursprung bis zur Aufnahme in das BGB.

Kapitel 1.

Jnhalt und Bedeutung des Rechtsinstituts.

1. Jm römischen Recht.

a) Seine Entstehung auf Grund eines Rescripts des Kaisers Antoninus Pius als condemnatio in id, quod debitor facere potest und die Reichweite seiner Vergünstigung.

§ 3.

α) Einleitende Bemerkungen.

Von der Zahl der Erscheinungsformen, die den Gedanken der Rechtswohltat des Notbedarfs enthalten, hebt sich ein Fall ab, der gegenüber den anderen sowohl im geltenden Recht wie in dem der vergangenen Zeiten einen bevorzugten Platz einnimmt, Es ist dies das beneficium competentiae zugunsten des Schenkers. Der Grund der besonderen Begünstigung liegt in der eigenartigen Struktur der Schenkungsschuld, in der Unwirtschaftlichkeit ihres Charakters. Während bei den anderen Obligationen mehr oder weniger der Grundsatz herrscht: do ut des, facio ut facias, wird hier ganz einseitig eine Leistungspflicht begründet, der keine Gegenleistung gegenübersteht. Ausserdem ist zu berücksichtigen, dass das Schenkungsversprechen häufig unüberlegt erfolgt unter der Einwirkung des Augenblicks oder unter einem moralischen Druck und dadurch die Gefahr einer Ausbeutung, der Gutmütigkeit und des Leichtsinns des sich Verpflichtenden heraufbeschwört. Unter diesen Umständen ist es erklärlich, dass der Gesetzgeber im Einklang mit

der Gebotsnorm der guten Sitten von jeher das Bestreben und die Notwendigkeit empfunden hat, den Schenker vor rücksichtslosem Vorgehen des Beschenkten besonders in Schutz zu nehmen. Von diesem Empfinden haben sich auch die Römer, denen wir ausser anderen Kompetenzfällen das beneficium donatoris verdanken, leiten lassen. Sie vertraten sogar die weitgehende Auffassung, dass die donatio nicht bloss ein Schuldverhältnis besonderer Art sei, sondern dass die in ihm liegende aus reiner Freigebigkeit übernommene Leistungspflicht garnicht als ein verum debitum anzusehen sei. Infolgedessen dürfe der donator billigerweise ein grösseres Entgegenkommen erwarten als jeder andere Beneficiat, der nichts anderes als eine wirkliche Schuld zu erfüllen habe (pinguius enim donatori succurrere debemus quam ei, qui verum debitum persolvere compellitur[15]). Dieser Anschauungsweise Rechnung tragend haben die Römer dem Schenker in noch ausgedehnterem Masse die Vorzüge unserer Rechtswohltat gewährt als den sonstigen Bevorrechtigten.

Dies trifft allerdings nicht für das Anfangsstadium des Schenkersprivilegs zu. Im Zeitpunkt der Entstehung durch ein Reskript[16]) des Kaisers Antoninus Pius (regierte von 138—161 n. Chr.) hatte dieses denselben Inhalt wie die Benefizien der übrigen begünstigten Schuldner. Als condemnatio in id quod (bezw. in quantum) debitor facere potest bedeutete es die Beschränkung der Verurteilung des Beklagten auf den Betrag des gegenwärtigen Vermögens (quatenus facultates patiuntur) im Gegensatz zur Verurteilung in voller Höhe der Schuldsumme (in solidum) wie es die Regel war.[17]). Der Hauptvorteil lag jedoch in dem Schutze vor den vernichtenden Folgen der Zahlungsunfähigkeit, in der Abwendung der Personalhaft und der Infamie. Während nämlich der gewöhnliche Schuldner im Falle der Nichtleistung oder nicht gehörigen Leistung jedesmal, selbst bei unverschuldetem Unvermögen, der drohenden Verhängung jener Vollstreckungsmassnahmen ausgesetzt war, blieb der Schenker hiervor völlig bewahrt. Die eigentliche Wirkung und Bedeutung des kurzum genannten beneficium condemnationis in seiner vollen Tragweite wird uns jedoch erst verständlich, wenn wir uns die traurige Lage vor Augen führen, in der sich der nicht-

---

[15]) Lx. 49, D. de re jud. 42, 1.

[16]) Lx. 12, D. de don. 39, 5 (Ulpian: qui ex donatione se obligavit, ex rescripto divi Pii quantum facere potest convenitur) und lx. 33, D. de jur. dot. 23,3 (Ulpian: hoc enim divus Pius rescripsit eos, qui ex liberalitate conveniunter, in id quod farcere possunt condemnandos).

[17]) Lx. 33, D. de don. 39, 5 (.....non in solidum, sed in quantum facere potest convenitur) und lx. 41 § 2, D. de re jud. 42, 1.

privilegierte Schuldner zur Zeit des Antoninus Pius befand, trotz des gewaltigen Fortschritts, den die römische Kultur und mit ihr das römische Rechtsleben bis dahin errungen hatte. Um uns aber in diese Rechtsverhältnisse hineinfinden zu können, müssen wir einen Rückblick werfen auf das altrömische Exekutionsverfahren mit seinen brutalen Eingriffen in das wirtschaftliche und bürgerliche Leben des Schuldners, ja sogar in dessen persönliche Existenz, das seine Schatten bis selbst in die justinianische Zeit hineingeworfen und auf die Entstehung und inhaltliche Form der obengenannten Jnstitution den grössten Einfluss ausgeübt hat.

Die älteste römische Anschauungsweise über die Wirkung des Schuldverhältnisses, wie sie uns in der Zwölftafelgesetzgebung von 451 und 450 v. Chr. zuerst entgegentritt, bestand darin, dass der debitor dem Forderungsberechtigten in erster Linie nicht mit seinem Vermögen, sondern mit seiner Person haftbar war. Wenn der abgeurteilte oder ihm gleichgeltende[18]) Schuldner nach Erhebung der die Vollstreckung einleitenden legis actio per manus iniectionem, der ältesten Form der actio judicati, innerhalb einer Zahlungsfrist von 30 Tagen nicht erfüllte,[19]) durfte sein Gläubiger Hand an ihn legen und ihn vor den Magistrat führen. Kam der Belangte seinen Verpflichtungen auch jetzt noch nicht nach, und trat auch kein vindex für ihn ein, so war der creditor befugt, jenen mit sich nach Hause abzuführen und dort in Fesseln zu legen (secum ducere et vincire). Erfolgte in einem weiteren Zeitraum von 60 Tagen, währenddessen an 3 Markttagen eine öffentliche Verkündung der Schuldsumme unter Vorführung des in Haft Gesetzten stattzufinden hatte, immer noch keine Zahlung, auch nicht von seiten eines beispringenden Freundes, verfiel alsdann der Schuldner gänzlich der Verfügungsgewalt des Gläubigers, der nunmehr das Recht besass, seinen Gefangenen zu töten oder als Sklaven ins Ausland (trans Tiberim) zu verkaufen. Für den Fall des Vorhandenseins mehrerer Forderungsberechtigten lautete die Fassung des Gesetzes sogar dahin, dass diese den Leib des ihnen Verpflichteten teilen dürften (partes secare) und dass ein Versehen bei der Teilung ohne Nachteil für sie bleiben sollte. (si plus minusve secuerint, se (sine) fraude esto.)

Es ist allerdings zu bedenken, dass die Gläubiger schon in frühester Zeit nicht zu diesen äussersten Mitteln des Verkaufs und der Tötung griffen, wie es ihnen das strenge Recht gestattete, sondern es vorzogen, sich durch Arbeitsleistungen ihres Häftlings bezahlt zu machen. Aber eine förmliche Aufhebung fanden jene bar-

---

[18]) Mit dem verurteilten auf gleiche Stufe gestellt war der geständige und der sich nicht einlassende Schuldner.

[19]) Jhrem eigentlichen Charakter nach war sie eine Prozessklage.

barischen Bestimmungen erst durch die lex Poetelia vom Jahre 313 v. Chr.[20]) Nicht abgeschafft wurde dagegen durch das genannte Gesetz das System der Schuldknechtschaft, wenngleich dieses tatsächlich von da an nur in der Form der Schuldhaft[21]) seine Auswirkung fand. Es erhielt sich in der weniger brutalen Handhabung durch die nachfolgenden Jahrhunderte hindurch als grundsätzliches Exekutionsmittel des Zivilrechts[22]) Eine gewisse Aenderung im Gang des Verfahrens trat indessen, unabhängig von jener lex, alsbald insofern ein, als die eigenmächtige Ergreifung und Wegführung des Verurteilten seitens des Klägers, die manus injectio, beseitigt und die Abführung in die Privathaft von der erfolgten Zuweisung (addictio) durch den darum ersuchten Prätor abhängig gemacht wurde.

Zu dem Verlust der Freiheit brachte die Personalexekution dem Schuldner, der zu seinem Gläubiger in ein sklavenartiges Verhältnis trat, mittelbar noch den Verlust des Vermögens. Nach Ablauf der vorgeschriebenen Aufschubfrist verfiel das gesamte Hab und Gut des in Haft Befindlichen, ohne Rücksicht auf die Höhe der Schuldsumme, der Gewalt des Vollstreckers[23]). Hierin schuf auch die eingeführte Milderung der lex Poetelia keinen Wandel.[24])

Neben der bereits vorhandenen Exekutionsmethode wurde sodann gegen Ende des zweiten Jahrhunderts v. Chr. von dem Prätor Rutilius, einem namhaften Juristen seiner Zeit, eine unmittelbare Zwangsvollstreckung in das Vermögen geschaffen, wodurch die immer noch trostlose Lage des debitor etwas erleichtert wurde.[25]) Jene bestand in der durch prätorischen Machtspruch erteilten missio

---

[20]) Girard (S. 526) und Wenger: Röm. Zivilproz. S. 215, lassen das Gesetz bereits im Jahre 326 v. Chr. erstehen.

[21]) Praktisch kam also die Fesselung doch in Wegfall.

[22]) Man erblickte in ihm ein geeignetes Mittel, den Verurteilten zur Herausgabe von vielleicht verborgenen Wertgegenständen zu veranlassen oder dessen Angehörige zur Bezahlung der Kondemnationssumme zu bewegen.

[23]) Sohm § 119, III, Abs. 1 hält es sogar für wahrscheinlich, dass die Familie des Vollstreckungsschuldners, der Umkreis seiner Gewaltunterworfenen, das gleiche Schicksal erlitt.

[24]) Girard S. 1073—1076; Sohm § 119, III, Abs. 1 und § 110, IV; Wenger Röm. Zivilproz. §§ 20—22 I; und 1138—1140; Francke S. 403/404, 406—408.

[25]) In vereinzelten Fällen kam die Realexekution schon früher, bereits zur Zeit der XII-Tafeln vor, ursprünglich aber nur dann, wenn der Verpflichtete im Auslande weilte oder sich verborgen hielt und dadurch eine Vollstreckung gegen seine Person unmöglich machte, später auch, wenn es sich um Staatsschulden handelte (Francke S. 410).

in bona, der Besitzeinweisung in das gesamte Vermögen des verurteilten bezw. ihm gleichgestellten Schuldners[26]) zugunsten der darum ersuchenden Gläubiger. Letztere übertrugen ihre Befugnisse auf einen von ihnen gewählten und aus ihren Reihen genommenen Massenverwalter, magister genannt, der nach Ablauf einer bestimmten Frist und nach Erfüllung gewisser Formalitäten das Vermögen in seiner Gesamtheit an einen einzigen Käufer, den bonorum emptor, im Wege der Versteigerung veräusserte (venditio bonorum). Der Ersteher, gewöhnlich der Meistbietende, zahlte den immitierten Gläubigern die vereinbarten Anteile ihrer Forderungsansprüche — das war der Kaufpreis — und erwarb dafür die versteigerte Vermögensmasse als Ganzes (durch Universalsukzession). Der Vollstreckungsschuldner blieb bei dieser Verfahrensart zwar vor jeder persönlichen Haft bewahrt, aber als Folge der missio in bona traf ihn die Infamie, weil die Römer sich nicht von der Anschauung freimachen konnten, dass ausser Hab und Gut, wenn nicht die Person, so doch die Ehre des Verpflichteten für die Verbindlichkeiten mithaftbar sei.[27]) Hatte die Infamie auch nicht die verheerenden Wirkungen der Personalhaft, so bedeutete sie doch einen schweren Eingriff in das private und öffentliche Rechtsleben des davon Betroffenen. Zunächst war mit ihr eine allgemeine Minderung der persönlichen Geltung vor dem Gesetz, eine minutio existimationis verbunden, die sich bei Zeugnisabgabe, bei Bestellung zum Vormund, bei Erbeseinsetzung im Testament zum Nachteil gewisser Verwandten und in ähnlichen Lagen in einer Zurücksetzung der ihr verfallenen Person nach Massgabe richterlichen Ermessens äusserte. Ihr Hauptnachteil bestand jedoch in einer dreifachen unmittelbar eintretenden Rechtsschmälerung, nämlich

1) in der Entziehung des jus suffragii et honorum, die den Verlust des Stimmrechts in den Komitien und Unfähigkeit zur Magistratur herbeiführte,

2) in der Beschränkung des jus connubii, indem die Ehe zwischen Infamen und Freigeborenen verboten wurde,[28])

3) in der teilweisen Aufhebung des jus pro aliis postulandi, des Rechts, für andere Anträge an die Gerichtsobrigkeit zu stellen. Regelmässig war die Infamie auf Lebenszeit berechnet.[29])

Die Vermögensexekution war ursprünglich nur für die Fälle vorgesehen, in denen die Personalexekution nicht zum Ziele führte,

---

[26]) In Frage kommt der geständige, der nicht belangbare und der ungehorsame Schuldner.

[27]) Girard S. 1140—1144; Sohm § 119, III, Abs. 2 und 3; Francke S. 410.

[28]) Diese Bestimmung galt aber erst seit Kaiser Augustus.

[29]) Sohm § 36; Girard S. 218/19.

weil der Schuldner infolge unbekannten Aufenthalts nicht gefasst werden konnte. Später war es jedoch allem Anschein nach dem Gläubiger überlassen, nach Belieben von der einen oder anderen Exekutionsmethode Gebrauch zu machen. So standen sich denn seit etwa Mitte des letzten Jahrhunderts v. Chr. zwei selbständige Vollstreckungsarten gleichgeltend gegenüber, die Personalexekution des Zivilrechts und die Realexekution des prätorischen Rechts.[30])

Es liegt auf der Hand, dass dieser Rechtszustand in Anbetracht der nunmehr aus dem Anfangsstadium hinaustretenden und sich jetzt auch wissenschaftlich entwickelnden römischen Jurisprudenz auf die Dauer wenig geeignet war, das allgemeine Rechtsempfinden zu befriedigen. Vor allem empfand man es immer mehr als grobe Rücksichtslosigkeit, als einen Verstoss gegen die Moral, dass auch solche Schuldner, die ihren Gläubigern persönlich nahestanden, bezw. mit ihnen durch besonders geartete Obligationen verbunden waren oder in sonstiger Hinsicht eine Sonderstellung einnahmen, bei Zahlungsunfähigkeit unterschiedslos der Willkür ihrer Forderungsberechtigten in der geschilderten Weise preisgegeben waren. Aus der Notwendigkeit heraus, hier Abhilfe zu schaffen, riefen die Römer ein diesen besonderen Verhältnissen entsprechendes Ausnahmerecht in der Gestalt der condemnatio in id quod (in quantum) debitor facere potest ins Leben. Das hier entstandene Sonderrecht stellte aber nicht ein einheitliches Rechtsinstitut dar, das die oben gekennzeichneten Sonderverhältnisse in ihrer Gesamtheit berücksichtigt hätte, sondern umfasste bloss einzelne, zunächst auf 2 beschränkte Anwendungsfälle, die erst im Laufe einer Periode von gut 250 Jahren von Zeit zu Zeit durch Neubildungen ergänzt und vervollständigt wurden. Die beiden ersten Schöpfungen stammen aus der ersten Hälfte des 1. Jahrhunderts v. Chr.[31]) und sind einem prätorischen Edikt entsprungen[32]). Kurz vor der Wende unserer Zeit-

---

[30]) Wenger (Röm. Zivilproz.) § 22 Abs. II (1—4).

[31]) Der Zeitpunkt der Einführung des beneficium condemnationis steht nicht genau fest. Jedenfalls wird die Institution von Ofilius, dem juristischen Berater Cäsars und Zeitgenossen Ciceros, als geltendes Recht erwähnt (lx. 18 § 1 D. sol. matr. 24, 3). Da nun aus früherer Zeit über ihr Vorhandensein nichts berichtet wird, so liegt die Vermutung nahe, dass sie nicht lange vor Ofilius entstanden ist (Wünsch S. 30).

[32]) Folgenden zwei Personen verlieh der Prätor die oben erwähnte Rechtswohltat, wobei jedoch das richterliche Ermessen ausschlaggebend sein sollte:

1. Den unlängst aus der väterlichen Gewalt entlassenen Hauskindern wegen ihrer aus der Zeit jener Gewalt herrührenden Schulden, sofern ihnen nicht ein beträchtlicher Teil des väterlichen Vermögens ausgehändigt worden war (lx. 2 D. quod cum eo 14, 5).

rechnung und bald nachher wurden dann weitere Benefizien geschaffen.[33]) Nach Ablauf einer ungefähr hundertjährigen Ruhepause nahm Kaiser Antoninus Pius die früheren Bestrebungen wieder auf und verlieh auf Grund eines Reskriptes auch dem aus einem Schenkungsversprechen Verpflichteten die Rechtswohltat.[34])

Es ist auffallend, dass das beneficium donatoris erst so spät zur Entstehung gelangte, zu einem Zeitpunkt, wo schon die meisten Kondemnationsprivilegien ein mehr oder minder längeres Dasein hinter sich hatten, während man doch angesichts des eigenartigen Schuldcharakters der donatio eine direkt gegenteilige Entwicklung hätte erwarten sollen. Indessen sind die Gründe hierfür darin zu suchen, dass man der besonderen Rechtslage des Schenkers in anderer wenn auch unvollkommener Weise Rechnung getragen hatte. Seit dem Bestehen der lex Cincia, einem Plebiszit aus dem Jahre 204 v. Chr., das seinen Ursprung der seitherigen Abneigung der praktisch veranlagten Römer gegen die donatio wegen ihres unwirtschaftlichen Zweckes verdankte, war nämlich die Wirksamkeit der Schenkungsverträge erheblich eingeschränkt. Alle übermässigen Donationen — das genaue Mass ist uns nicht bekannt — waren verboten ausser solchen zwischen gewissen Personen (per-

2. Den Gesellschaftern gegenüber der actio pro socio (lx. 22 § 1 D. de re jud. 42, 1).

Vergl. Zipperling S. 38/39; Dernburg Pand. Bd. II § 314 II; Windscheid II, § 267; Lenel S. 307. Näheres hierüber Altmann ausser S. 3 besonders S. 28 ff.

[33]) Die Rechtswohltat des Notbedarfs wurde zuteil:

1. Unter Augustus (reg. von 31 v. bis 14 n. Chr.), dem gewesenen Ehemann, seinen Kindern aus derselben Ehe und seinem Vater gegenüber der gesetzlichen Forderung auf Herausgabe der dos (§ 37 Inst. de act. 4, 6; lx. 12 und lx. 17 § 2 D. sol. matr. 24, 3; — lx. 18 pr. D. sol. matr. 24, 3; — lx. 15 § 2 und lx. 16 D. sol. matr. 24, 3.

2. Unter Tiberius (reg. von 14—37 n. Chr.) der Ehefrau und meistens auch dem Schwiegervater gegen den Anspruch auf Leistung der versprochenen dos (lx. 17 D. sol. matr. 24, 3; lx. 21 und 22 pr. D. de re jud. 42, 1).

Ausserdem dem Gemeinschuldner nach vollzogener bonorum vendito (lx. 4 D. de cess. bon. 42, 3 und § 40 Inst. de act. 4, 6).

3. Etwas später zu Lebzeiten des Atilicinus dem Ehemann hinsichtlich der Forderungsansprüche aus der Beerdigung der Ehefrau (lx. 27 § 2 und lx. 28 D. de relig. 11, 7). Vergl. hierzu Zipperling S. 39/40; Windscheid II, § 267; Wlassak: cessio bonorum; Altmann S. 4/5. Näheres hierüber letzterer S. 34 ff.

[34]) Vergl S. 9 Fussnote 2. — Gleichzeitig, ebenfalls durch Reskript desselben Kaisers, wurde der Ehegatte gegenüber den obligatorischen Ansprüchen des anderen Ehegatten mit dem Vorzugsrecht ausgestattet (lx. 20. D. de re jud. 42, 1.)

sonae exceptae), wie den Ehegatten, nahen Verwandten (bis zum 5. Grad und vom 6. die sobrini noch eingerechnet), ferner den nächsten Verschwägerten, sowie gegenüber dem Patron, Mündel und Lebensretter. Da jedoch obiges Gesetz eine lex imperfecta war, rief es keine Nichtigkeit des vereinbarten Rechtsgeschäfts hervor, wohl aber machte es dieses widerruflich und anfechtbar, es musste denn ausnahmsweise sein, dass es durch Eigentums- und Besitzübertragung bereits endgültig vollzogen war.[35]) Insbesondere konnte die Klage auf Erfüllung aus dem übermässigen Schenkungsversprechen durch eine exceptio legis Cinciae wirksam entkräftet werden.[36]) Bei dem Vorhandensein solcher einschränkenden Bestimmungen hatte man bisher geglaubt, davon absehen zu können, im Interesse des Schenkers weitere Vorkehrungen zu treffen. Mittlerweile hatten sich aber infolge der allmählichen Zunahme der Schenkungen, besonders unter den personae exceptae und der sich häufenden Umgehung der lückenhaften und veralteten Schutzvorschriften obiger lex die Verhältnisse derartig geändert, dass das Bedürfnis nach durchgreifenderen und zeitentsprechenderen Massnahmen immer dringender wurde.

§ 4.

β) Die bislang umstrittene Bedeutung der Privilegformel und deren eigentlicher Sinn.

Die vorhin erwähnte kaiserliche Verordnung bestimmte, dass jeder, der ex liberalitate convenitur, in id quod (oder in quantum) facere potest zu verurteilen sei. Ueber den Sinn dieser Formel — sie ist bekanntlich bei allen Kondemnationsbeneficien die gleiche — herrschte lange Zeit eine falsche Vorstellung. Jahrhunderte hindurch von der Gründung der Glossatorenschule ab an (um 1100 zu Bologna) bis zum Aufkommen der historischen Richtung (um 1800) verstand man unter ihr in völliger Abweichung von der römischen Auffassung, kaum, dass ein Widerspruch laut wurde, die Verurteilung des Bevorrechtigten auf dasjenige, das dieser nach Abzug des für ihn und seine Familie erforderlichen Lebensunterhalts zu leisten vermochte. Erst der Begründer, nach manchen der Vorläufer der historischen Schule, Gustav Hugo, insbesondere aber deren weiterer Vertreter Schoeman erkannte die Abwegigkeit der bislang vertretenen Meinung und unternahm die ersten bedeutenden und erfolgreichen Schritte zur Erforschung des wirklichen Inhalts

---

[35]) In Bezug auf bewegliche Sachen galt letztere Ausnahme nur unter bestimmten Voraussetzungen.

[36]) In späterer Zeit fiel allerdings diese Einrede fort, wenn der Schenker ohne Widerruf gestorben war. — Vergl. Girard S. 1022—1026; Sohm § 42 III, S. 227; Francke S. 413.

des Sonderrechts in seinem ursprünglichen Gewande. Schoeman (S. 63—70) gebührt das Verdienst, dass er vor allen andern die Grundbedeutung des römischen beneficium condemnationis klarstellte und nachwies, dass dieselbe nicht in einem etwaigen Belassen des zum Leben Notwendigen bestand, sondern in dem Recht des Bevorzugten, auf nicht mehr verurteilt zu werden als auf den Betrag des gegenwärtigen Vermögens. Hierbei beging er aber den Fehler, dass er unter Ausserachtlassung der geschichtlichen Entwicklung dem Schenker von Anfang an einen in Wirklichkeit erst später gewährten geringfügigen Verbleib des Notbedarfs zusprach.[37]) Die Schoeman'schen Ausführungen riefen jedoch bei dem Naturrechtler Thibaut lebhaften Widerspruch hervor, der später von Unterholzner fortgesetzt wurde. Thibaut's Ansicht (S. 346 und 348/49) geht, den gemeinrechtlichen Anschauungen entsprechend, dahin, dass die entscheidenden Worte in der Wohltatsformel: „facere posse" nicht rein buchstäblich zu nehmen, sondern in freierer Auslegung als „sine incommodo facere posse" zu verstehen seien. Ebenso, wie im täglichen Verkehrsleben Wendungen wie: „Ich kann nicht zahlen, ich bin ausserstande, alles zu berichtigen" gebräuchlich wären, ohne damit das unbedingte Zahlungsunvermögen bezeichnen zu wollen, so dürfe auch bei der Interpretation jenes Ausdrucks nicht die absolute, sondern es müsse die relative Leistungsfähigkeit zugrunde gelegt werden. In gleicher Weise sagt Unterholzner (§ 181 bes. Anm. d) das „facere posse" im Sinne von „erschwingen können" sei ein Begriff, der „mehr oder minder strenge" gedeutet werden könne; in Verbindung mit der Formel: condemnatio usw. erscheine die letztere Deutungsform als die allein richtige.[38])

Indessen haben die Darlegungen Thibauts und Unterholzners kaum jemand zu überzeugen vermocht. Vielmehr wandte sich die massgebende Literatur fast ausnahmslos den von Schoeman verfochtenen Ansichten zu und bildete diese weiter aus. Doch hat deren wahren Kern allein Holtius (S. 83 ff) erkannt, der durch seine erfolgreichen Forschungen zur endgültigen Klärung des Wesens und Inhalts des römischen beneficium condemnationis sehr viel beigetragen hat. Er vermied auch den Schoeman'schen Fehler, dem Schenker von Beginn seiner Privilegierung ab an eine besondere Bevorzugung zuteil werden zu lassen, indem er ihm für den Anfang ebensowenig ein Recht auf Alimente zubilligte wie allen anderen

---

[37]) Dagegen hat derselbe für die meisten Fälle der römischen Rechtswohltat in richtiger Erkenntnis ihres ursprünglichen Inhalts jede Einräumung irgendwelcher Zurückbehaltung bei Verurteilung auf das ganze Vermögen verneint.

[38]) Wünsch S. 15—21.

Begünstigten gleicher Art. Seitdem hat sich die Erkenntnis der wahren Natur der condemnatio in id quod debitor facere potest, schnell fortschreitend, weiter Bahn gebrochen. Heutzutage herrscht so gut wie Einmütigkeit darüber, dass der Ausdruck „facere posse", auf dem der Hauptton in der Wohltatsformel ruht, für die Zeit des älteren römischen Rechts rein wörtlich, im natürlichen Sinne von absolutem Leistungsvermögen aufzufassen ist und dass jede Kunstbedeutung"[39]) im Sinne von relativem Leistungsvermögen abgelehnt werden muss. Zwar lässt sich aus leicht begreiflichen Gründen ein direkter Beweis dafür nicht führen, dass die fragliche Wendung überall, wo sie vorkommt, besonders dort, wo sie in Beziehung zu unserem beneficium auftritt, nur der ersten Auslegung fähig sei und nicht der letzten, da eine jeden Zweifel ausschliessende genaue Definition in den römischen Quellen fehlt, weil eine solche anscheinend für unnotwendig empfunden wurde. Jndes ist die Behauptung angängig, dass sich keine Gesetzesstellen vorfinden, bezüglich deren obige Nebenbedeutung erwiesen wäre, wohl aber solche, bei denen nur die natürliche Bedeutung in Frage kommen kann.

Jm einzelnen trifft letzteres zu bei lx. 82 D. ad leg. Falc. 35, 2, in der die betreffende Wortbildung von Personen gebraucht ist, denen unsere Rechtswohltat nicht zusteht. Hier das quantum facere posse nach der Art Thibauts auszulegen, hiesse soviel, wie auch beim gemeinen Schuldner für eine Belassung des Notbedarfs eintreten wollen.

Noch schärfer gegen eine künstliche Jnterpretation sprechen die Stellen, in denen das facere posse andern einer Missdeutung weniger ausgesetzten Begriffen als gleichbedeutend gegenübergestellt ist. Dies ist der Fall, wo die genannten Worte im Sinne von solvendo esse = zahlungsfähig sein erscheinen, wie in lx. 18 § 1 D. sol. matr. 24, 3 und in lx. 82 D. ad leg. Falc. 35, 2. Ausführlich heisst es in lx. 24 § 1 D. de re jud. 42, 1: „Si maritus solvendo non fuerit, licet ipsi marito prosit, quod facere non possit, heredi ejus non prodest". Es wird aber wohl niemand behaupten wollen, solvendo esse schliesse ohne weiteres die Ergänzung „sine incommodo" in sich, was somit rückschliessend ebenso für das ihm entsprechende Synonym Geltung erhält.

Mit noch zwingenderer Logik ist eine solche Folgerung aus der Gleichstellung des quantum facere posse mit dem Substantiv „facultates" zu ziehen. § 37 Jnst de act. 4, 6 führt diesbezüglich aus: „placet eatenus maritum condemnari debere, quatenus facere possit, id est quatenus facultates ejus patiuntur". Denselben Gedanken

---

[39]) Thibaut S. 348.

finden wir in lx. 49 D. de pact. 2, 14 und lx. 21 D. de re jud. 42, 1 vertreten Dass aber facultates gemeinhin das Totalvermögen und nicht den um den Betrag des Lebensbedarfs verminderten Vermögensbestand bezeichnet, kann nicht in Zweifel gezogen werden. Mit aller Deutlichkeit ist dies zudem ausdrücklich hervorgehoben worden in einem weiteren Satze des bereits vorhin erwähnten § 37 Jnst. 4, 6, wo inbetreff des mit der Klage auf Herausgabe der dos belangten Ehemanns gesagt ist: „itaque si dotis quantitati concurrant facultates ejus, in solidum damnatur: si minus, in tantum, quantum facere potest". Unmissverständlicher, als es in dieser Aufzeichnung geschehen, kann doch nicht ausgesprochen werden, dass facultates das gesamte durch keinen Abzug verkleinerte Vermögen darstellt, denn sonst wäre eine Verurteilung in solidum, auf das Ganze, völlig undenkbar.

Als besonders beweiskräftig ist endlich die lx. 43 D. sol. matr. 24, 3 anzusehen.[40]) Der wegen Rückgabe der dos hier in id quod facere potest verurteilte frühere Ehemann muss seine sämtlichen Forderungsansprüche abtreten, trotzdem sein Vermögen aus nichts weiterem besteht (neque amplius). Er darf also nicht das geringste zurückbehalten.[41])

Aus vorliegender Untersuchung, die sich beliebig auf weitere Argumente ausdehnen liesse, geht unzweifelhaft hervor, dass eine künstliche Auslegung des Ausdrucks „facere posse" im Sinne von „Leistenkönnen ohne Entbehrung" völlig unbegründet ist, dass letzterer vielmehr nach seinem einfachen und natürlichen Wortsinn verstanden werden muss als: Leistenkönnen ohne Einschränkung, als restloses Hingeben alles dessen, wozu der Verpflichtete imstande ist. Die ganze Formel der Rechtswohltat bedeutet demnach die Verurteilung des Schuldners auf Abtretung des gesamten durch keinen Abzug verminderten Vermögensbestandes, so wie er zur Zeit der Kondemnation vorhanden ist. Thibaut (S. 347) erachtet es nun als eine „Ungereimtheit" und „Sonderbarkeit" in dieser Urteilsklausel eine Privilegierung zu erblicken, die in Wirklichkeit gar keine sei, da sie nach allgemeinem Recht jedermann gegenüber Anwendung finde. Zur Begründung seiner Meinung stellt er die kaum zu verstehende Behauptung auf: „Kein Schuldner braucht mehr herauszugeben, als er besitzt, weil sich das Unmögliche nicht möglich machen lässt." Es ist nicht ganz ersichtlich, wie Thibaut zu einer solchen Argumentation greifen konnte, und es liegt die An-

---

[40]) Ueber die authentische Lesart dieser Textstelle: Wünsch S. 51/52 und Holtius S. 94.

[41]) Vergl. zu obiger Ausführung: Schoemann S. 66/67; Holtius S. 94/95 und 84/85; Wünsch S. 47—52.

nahme nahe, dass jener dem aufgestellten Satze einen anderen Sinn beigelegt hat, als diesem auf Grund des ziemlich eindeutigen Wortlauts an und für sich zukommt. Wie dem aber auch sei, soviel steht jedenfalls fest, dass nach altem juristischem Grundsatze das Unvermögen des debitor, seine Unfähigkeit, die Forderungen seiner Gläubiger zu erfüllen, auf den rechtlichen Bestand der Obligation regelmässig nicht den geringsten Einfluss auszuüben imstande ist. Ohne Rücksicht auf die Unzulänglichkeit des Vermögens wird der gemeine Schuldner stets in voller Höhe des geltend gemachten Anspruchs, soweit er begründet ist, verurteilt. Was er gegenwärtig nicht zu zahlen vermag, muss er eben nachzahlen, sobald er zu neuem Erwerb gelangt ist.[42])

§ 5.

γ) Die einzelnen Vorteile des beneficium donatoris im Vergleich zu der Rechtslage des gemeinen Schuldners sowie desjenigen, der bonis zediert hat.

Zu den letzthin angeführten grundlegenden Sätzen haben sich von jeher auch die Römer bekannt. Bei ihnen galten sogar noch weitergehende Vorschriften, nach denen der Verurteilte gemeinhin bei nicht fristgemässer Erfüllung des judicatum zur Strafe für die Nichtleistung empfindlichen Massregelungen ausgesetzt war. Ganz anders nahm sich dagegen die Rechtslage des mit dem beneficium condemnationis ausgestatteten Schenkers aus. Dieser wurde immer nur insoweit condemniert, als seine augenblickliche Leistungsfähigkeit reichte. Am Rande der absoluten Zahlungsfähigkeit fand die Kondemnation ihre Grenze und so ward mit der Hergabe der gesamten Habseligkeiten dem Urteilsspruche voll und ganz Genüge geschehen. Da der bevorzugte Schenker auf Grund dieser Sonderbestimmungen garnicht zahlungsunfähig gemacht werden konnte, entging er infolgedessen im Gegensatz zum gewöhnlichen Schuldner auch der drohenden Gefahr, den ruinösen Folgen der Zahlungsunfähigkeit, also der Personalhaft und der Jnfamie zu verfallen. Was das aber für das Rechts- und Wirtschaftsleben des Privilegierten bedeutete, können wir ermessen, wenn wir die vernichtenden Wirkungen der beiden Vollstreckungsfolgen ins Auge fassen, wie wir sie bei der Erörterung der römischen Personal- und Realexekution kennengelernt haben. Jn der Abwehr jener verheerenden Schädigungen lag denn auch der Hauptvorteil des Beneficium und der

[42]) Zu welcher unsinnigen Folgerung die Thibautsche Argumentation führt, zeigt in treffender Jllustrierung der von Holtius (S. 87) hierauf angewandte Spottvers Martials: „Sexte nihil debes; nil debes, Sexte, fatemur. Debet enim, si quis solvere, Sexte, potest."

eigentliche Zweck seiner Einführung.[43]) Jn den Quellen ist allerdings von der Vermeidung der persönlichen Haft und der Jnfamie nirgends etwas erwähnt. Doch hat dies seinen Grund darin, dass die römischen Juristen einen besonderen Hinweis auf jene Tatsache für entbehrlich hielten, da ja bei Erfüllung des Urteils durch Herausgabe des gesamten Vermögens für eine actio judicati, welche allein die bezeichneten Wirkungen hätte hervorrufen können, kein Raum mehr übrig blieb.[44])

Noch ein weiterer Vorzug war mit der Jnnehabung des beneficium donatoris verknüpft, die grundsätzliche Befreiung von der Nachleistungspflicht. Zwar hatte diese an und für sich mit dem Wesen der Rechtswohltat nichts zu tun, sondern hing mit den starren Grundsätzen des damals herrschenden Formularprozesses zusammen. Nach vorjustinianischem Rechtssatze war nämlich mit der Litiskontestation, dem entscheidenden Moment der Rechtshängigkeit (in dem damaligen umfassenderen Sinne), das Klagerecht in derselben Sache ein für allemal verbraucht, konsumiert. Sobald die actio vom Magistrat an den Judex verwiesen war, konnte sie niemals wieder erhoben werden (ne bis de eadem re sit actio), mochte der Prozess auslaufen wie er wollte. Einem neuen Begehren auf nochmalige gerichtliche Verhandlung stand, insoweit ein solches nicht überhaupt ipso jure unzulässig war, die exceptio rei judicatae vel in judicium deductae im Wege. Die Ursache für diese eigenartige Konsumtionswirkung der litis contestatio lag in deren novatorischem Charakter (novatio necessaria)[45]) Auf Grund dessen wurde die ursprüngliche Obligation in einen völlig neuen Anspruch auf richterliche Entscheidung des anhängig gemachten Rechtsstreites umgewandelt und dieser ging bei erfolgter sententia des judex in eine Haftung aus dem Urteilsspruche über. War letzterer durch Entrichtung der Kondemnationssumme entsprochen, so bestand

---

[43]) Windscheid Bd. II, § 267, N. 1; Altmann S. 3; Wünsch S. 29; ferner Wenger: actio indicati § 4 und: röm. Zivilproz. § 22.

[44]) Völlig verschieden hiervon liegt der Fall bei der cessio bonorum. Dort hat die ausdrückliche Hervorhebung der Abwendung genannter Exekutionsfolgen ihre Berechtigung. Der auf die volle Schuldsumme verurteilte bonis Zedierende hat mit der Abtretung seiner ganzen aber nicht hinreichenden Habe dem gegen sich ergangenen Urteil nicht genügt. Sollte der Zedent der actio judicati mit ihren üblen Folgeerscheinungen aus dem Wege gehen, so musste schon eine diesbezügliche Vorschrift unbedingt erlassen werden. (Holtius, S. 89/90.).

[45]) Girard S. 763—765. Wenger (Röm. Zivilproz.) § 17; Keller § 59 ff.

für den judicatus keine weitere Verpflichtung mehr.[46]) Hatte also der in id quod facere potest verurteilte Schenker den seinem Gesamtvermögen entsprechenden Wertersatz in Geld (nach dem Prinzip der Geldkondemnation) an seinen Kläger erlegt, so war er hierdurch jenem gegenüber seiner ganzen Schuld ledig geworden. Eine gerichtliche Geltendmachung der Restforderung, d. h. des Betrages, um den die urteilsgemäss vorgenommene Leistung hinter dem ursprünglichen und eigentlichen Klageanspruche zurückblieb, konnte dann niemals mehr in Frage kommen.

Dass hierin eine unberechtigte Härte für den benachteiligten Gläubiger lag, welche Folge in diesem Ausmass sicher nicht dem Willen des römischen Gesetzgebers entsprach, ist nicht wegzuleugnen.[47]) In Erkenntnis des dem Gläubiger angetanen Unrechts suchten die Römer nach dem Vorbilde ähnlich gearteter Rechtszustände, in denen sie durch Einführung einer in integrum restitutio, durch utiles actiones und andere Aushilfsmittel das materielle Recht gegen ein bloss formelles Prinzip des Prozessrechts zu schützen und aufrecht zu erhalten bestrebt waren, in ähnlicher Weise durch Zulassung von cautiones der prozessualen Konsumtion die hier unbillige und unerwünschte Schärfe zu nehmen. Der Empfänger des Schenkungsversprechens konnte von dem ihm Verpflichteten verlangen, dass dieser sich nach der Berufung auf sein Privileg durch eine nuda promissio zur Nachleistung der Restschuld für den Fall künftiger Besserung seiner Wirtschaftslage bereit erklärte. Zwar ist diese Tatsache inbetreff des beneficium donatoris in den Quellen nicht ausdrücklich bezeugt, — das ist sie nur bei zwei anderen Beneficien bezüglich der Klage auf Rückerstattung der dos und der actio pro socio —[48]), aber unmissverständliche Anzeichen deuten darauf hin, dass die Kautionsbestellung nicht auf die beiden genannten Kompetenzbildungen beschränkt blieb, sondern in analoger Anwendung auf sämtliche, also auch auf die des Schenkers ausgedehnt wurde.[49]) Für diese Annahme spricht einmal der Um-

[46]) Girard S. 1102—1165 und S. 1135; Sohm § 119 I; Keller § 59 ff.

[47]) Nur Holtius (S. 87/88) scheint abweichend hiervon den Wegfall des residuum als eine in der Rechtswohltat liegende beabsichtigte Wirkung anzusehen. Jndessen hält er denselben nicht für den Hauptvorteil des Sonderrechts, wie Wünsch (S. 23) dem Genannten unbegründeterweise unterschiebt. Vergl. dazu die Ausführungen von Holtius S. 89.

[48]) lx. 8 Cod. sol. matr. 5, 18; lx. un. § 7 Cod. de rei ux. act. 5, 13; lx 63 § 4 D. pro socio 17, 2; lx. 47 § 2 D. de pecul. 15, 1.

[49]) Gegenteiliger Ansicht ist Holtius (S. 88), der eine Verpflichtung zur Kautionsleistung nur für die beiden verbürgten Fälle anerkennen will, befindet sich aber damit in Widerspruch zu fast allen anderen Schriftstellern.

stand, dass die Rechtsverhältnisse der beiden herausgegriffenen Personen (des Ehemanns und des Gesellschafters) nicht den mindesten Anlass boten, die Bezeichneten durch Unterwerfung unter obige Klausel schlechter zu stellen als die übrigen Bevorrechtigten.[50]) Ein weiteres Argument liegt in der Erwägung, dass, falls die Bestimmung der Verbalkaution wirklich nur Geltung haben sollte für die genannten zwei Personenklassen, man diese Besonderheit doch sicherlich als solche gekennzeichnet und den so geschaffenen Gegensatz zu den übrigen gleich bevorzugten Gruppen irgendwie hervorgehoben hätte. Ohne Zweifel konnten von allen Benefiziaten, mithin auch vom Schenker, die Abgabe einer entsprechenden Bereiterklärung zur Nachzahlung des residuum verlangt werden. Dadurch war der Geschenknehmer instandgesetzt, trotz der konsumierenden Wirkung der litis contestatio mit neuer Klage die ungetilgt gebliebene Schuld nach gewissem Vermögenserwerb des debitor einzufordern. Nur wenn derselbe es ausnahmsweise unterliess, von dem Recht der Kautionsforderung Gebrauch zu machen — sei es aus Absicht oder aus Vergesslichkeit — war eine Klagwiederholung ausgeschlossen. Regelmässig war also die Verpflichtung zur Nachleistung das Gegebene.

Aber selbst unter diesen Umständen bot die Geltendmachung unseres Beneficium einen nicht geringen Vorteil. Während der gemeine Schuldner beim geringsten Erwerb Gefahr lief, einer nochmaligen actio ausgesetzt zu werden und das Wenige im Wege der Exekution zu verlieren, — sofern nicht überhaupt schärfere Massnahmen gegen ihn Anwendung fanden — konnte der privilegierte Schenker, dem Wortlaut seines Zahlungsversprechens gemäss, nur bei erheblicher Verbesserung seiner wirtschaftlichen Verhältnisse verklagt werden, d. h., nur dann, wenn er ein Vermögen erlangt hatte, das seine notwendigen Lebensbedürfnisse überstieg (post idoneus factus, si ad meliorem fortunam pervenerit)[51]). Solange dieser Stand nicht erreicht war, war der donator vor jeder Nachklage geschützt.[52])

Somit hatte der Schenker zur Zeit der Begründung seines Sonderrechts vor dem gewöhnlichen Schuldner[53]) die Vermeidung der

---

[50]) Francke S. 399.

[51]) Erwähnte lx. 8 C. sol. matr. 5, 18; u. lx. un § 7 de rei uxor. act. C. 5, 13.

[52]) Dernburg Pand. II, § 314, N. 5; Windscheid II, § 268, N. 11, Francke § 2, § 4 (bes. S. 415, 416 und 426); Altmann S. 23/24; Wünsch S. 31—33.

[53]) Bezüglich dessen bedrängter Lage ist indes zu bemerken, dass seit dem Beginn des 2. Jahrhunderts n. Chr. sich hier eine gewisse Erleichterung insofern einzustellen begonnen hatte, als all-

Personalhaft und der Infamie sowie die Sicherung vor ruinierender Nachforderung des restlichen Anspruches, ausnahmsweise sogar deren völligen Fortfall voraus. Diese bevorzugte Stellung bestand allerdings in dem weiten Ausmasse nicht gegenüber solchen Personen aus der Masse der Nichtinhaber der Rechtswohltat heraus, die mit Erfolg von der Gelegenheit der freiwilligen Güterabtretung gemäss den Bestimmungen einer wahrscheinlich unter Kaiser Augustus erlassenen lex Julia de cessione bonorum[54]) Gebrauch gemacht hatten. Andrerseits ist jedoch der von vielen, insbesondere von Francke (S. 414) und Altmann (S. 7) vertretene Standpunkt durchaus unzutreffend, dass durch die Einführung dieses Gesetzes der ursprüngliche Inhalt des beneficium condemnationis in allen seinen Anwendungsfällen „überholt und überflüssig" geworden sei, einmal, weil dasselbe im wesentlichen die gleichen Vorteile geboten habe wie unsere Rechtswohltat, zum andern, weil diese Vorteile

---

mählich die schroffe Verfahrensart bei der Realexekution einer mehr gemässigten gewichen war. Die bisher übliche venditio bonorum, der Verkauf des Gesamtvermögens in Bausch und Bogen an einen einzigen Ersteher, gewöhnlich einen Spekulanten, hatte der distractio bonorum, dem Verkauf von nur einzelnen Vermögensstücken Platz machen müssen. Die Leitung der Versteigerung unterstand nicht mehr wie vordem einem aus der Mitte der Gläubiger gewählten magister, der nur seine und seiner Mandanten Vorteile im Auge hatte, sondern dem vom Prätor eigens dazu bestellten parteiisch ungebundenen curator, der ausser den Belangen der Gläubiger auch die des Schuldners vertrat. Doch waren diese Aenderungsmassnahmen nicht geeignet, eine durchgreifende Besserung herbeizuführen. Der Singularverkauf hatte so gut wie der universale die missio in bona zur Voraussetzung; ein solcher Vorgang zog aber regelmässig die verderbliche infamia juris nach sich (Girard S. 1144 u. 1176); v. Bethmann-Hollweg (röm. Zivilproz.) Bd. II § 114 (Schluss). Wenger (röm. Zivilproz.) § 22 II, 8. Bayer § 15. Entgegengesetzter Meinung ist Sohm § 119 N. 7, der eine Entsetzung vom gesamten Vermögen und in Verbindung damit eintretende Infamie im Distraktionskonkurs leugnet). Lediglich den einen Vorteil brachte diese Umwandlung mit sich, dass die zu versteigernden Gegenstände im Wege des Einzelverkaufs einen weit höheren Preis erzielten, als wenn sie in Masse losgeschlagen wurden und dass infolge des ungleich höheren Erlöses die verbleibende Restschuld sich bedeutend niedriger stellte als bei der vorhin gebräuchlichen Methode.

[54]) Lx. 4, C. qui. bon. ced. 7, 71. Dass die lex Julia von Cäsar herrührt, dessen eingebrachte Gesetze ebenso wie die seines kaiserlichen Nachfolgers als julische bezeichnet werden, ist weniger anzunehmen. (Wlassak: cessio bonorum; Sohm § 119 III Abs. 3; Girard S. 1140 N. 4; Wünsch S. 34/35). Auf keinen Fall stammt sie aber aus einer noch früheren Zeit, wie Francke (S. 409) irrigerweise vermutet.

jedem oder doch sozusagen jedem zedierenden Schuldner zugute gekommen wären.

Wenn nun auch nicht abgeleugnet werden kann und soll, dass die Vergünstigungen der Zession nicht unerheblicher Art waren und dass durch die Jnteressenwahrnahme gerade derjenigen, denen das Kondemnationsprivileg nicht zustand, für die indes die allgemeinen Exekutionsregeln zu hart waren, fraglos vielfachen und berechtigten Wünschen Rechnung getragen wurde, so muss andererseits entschieden in Abrede gestellt werden, dass das Machtgebiet obiger lex derart weitreichend war, wie die genannten Autoren es behaupten. Da letztere aber auf den Bestand und die weitere Gestaltung des beneficium condemnationis zweifellos einen grossen Einfluss ausgeübt hat und ihre ganze Wirkungsweise mit der der Rechtswohltat enge Berührungspunkte aufweist, so werden wir uns des näheren mit ihr beschäftigen müssen, besonders, wo ihre Bedeutung in der Literatur immer noch stark umstritten ist.

Durch die freiwillige Hingabe seines gesamten Vermögens an die betreffenden Gläubiger vor Beginn der Zwangsvollstreckung erwirkte der verurteilte bezw. geständige Schuldner (confessus aut judicatus)[55]) — das Vorliegen gewisser gleich zu behandelnder Tatsachen vorausgesetzt — die Abwendung der persönlichen Haft und der Infamie[56]), der berüchtigten Folgeerscheinungen bei den damaligen beiden Vollstreckungsarten der Personal- und der Realexekution. Daneben wurde dem Zedenten hinsichtlich des künftigen Vermögenserwerbs die exceptio nisi bonis cesserit zuteil gegenüber den vor der Entäusserung entstandenen aber bei der Versteigerung[57]) unbefriedigt gebliebenen Gläubigeransprüchen. Genannte exceptio konnte den Nachforderungen der ganz oder zum Teil ausgefallenen creditores solange entgegengesetzt werden, als der Neuerwerb des debitor über dessen notwendigen Lebensbedarf nicht hinausging. Erst wenn dieser kein „modicum" mehr, sondern ein „idoneum emo-

---

[55]) L. 8 D. de cess. bon. 42, 3.

[56]) L. lC. qui bon. ced. 7, 71; „ne judicati detrahantur in carcerem" u. lx. 8 pr. C. eod.: „et omni corporali cruciatu semoto" — lx. 11, C. de caus. II, 11.

[57]) Die cessio bonorum nahm als freiwillig herbeigeführte Vollstreckung denselben Verlauf wie die auf Betreiben der Gläubiger vorgenommene Realexekution. Die abgetretene Vermögensmasse wurde nach erfolgter Besitzeinweisung im Wege der Versteigerung an den Meistbietenden verkauft und den eingewiesenen Anspruchsberechtigten der Kaufpreis d. h. die vereinbarten Prozentsätze ihrer Forderungen ausbezahlt.

lumentum" betrug, war jener Einwand entkräftet.[58]) Endlich hatte die freiwillige Güterabtretung inbetreff des nachträglichen Erwerbs noch das beneficium competentiae im Gefolge,[59]) und zwar ebenfalls rücksichtlich der vor der Zession entstandenen Verpflichtungen.[60]) Die Wirkung der Rechtswohltat trat dann in Kraft, wenn die Machtsphäre der exceptio nisi bonis cesserit wegen des Vorhandenseins eines Vermögensüberschusses über das zum Leben Notwendige ihre Grenze erreicht und infolgedessen einer Nachforderungsklage kein Hindernis im Wege stand.

Die aufgeführten Vorteile der cessio bonorum standen jedoch nicht unterschiedslos jedem zahlungsunfähigen Schuldner zu, sondern nur demjenigen, der ohne eigenes Verschulden in Vermögensverfall geraten war. Aeusserst hemmend wirkte hierbei der Umstand, dass der Zedent den strikten Nachweis seiner unbedingten Nichtschuld zu erbringen, ja später sogar ganz besondere ausserhalb seiner Person liegende Tatsachen wie Raub, Schiffbruch, Brand und dergleichen Unglücksfälle als Ursache seines Unvermögens darzutun hatte.[61]) Bei diesen erschwerenden Bestimmungen glückte

---

[58]) § 4 Jnst. de repl. 4, 14; § 40 Jnst. de act. 4, 6; lx. 6 u. 7 D. de cess. bon. 42, 3.

[59]) Allerdings nicht schon vom Erlass der lex Julia ab an, sondern etwas später. Erwähnt wird es zuerst von den bekannten unter Kaiser Tiberius lebenden Juristen Sabinus und Cassius. Vergl. lx. 4 D. de cess. bon. 42, 3. Ebenso § 40 Jnst. de act. 4, 6: inhumanum enim erat spoliatum fortunis suis in solidum damnari.

[60]) Thibaut (S. 350 ff.) nebst einigen andern will demjenigen, der bonis zediert hat, die Kompetenz wegen aller Obligationen, also auch wegen der nach der Zession entstandenen, gewähren. Doch ist eine solche Verallgemeinerung sowohl in der Theorie wie in der Praxis stets zurückgewiesen worden.

[61]) Gemäss c 1 Cod. Theod. IV, 20. (der codex Theodosianus wurde im Jahre 438 von Theodosius II u. Valentinian III herausgegeben). Wenn dieser Vorschrift in ihrer scharfen Ausprägung auch erst unter Theodosius Ausdruck gegeben und eine positive Bestimmung gleichen oder ähnlichen Jnhalts für die erste Epoche der cessio bonorum nicht vorhanden ist, muss gleichwohl aus der ganzen Art jener Ausführung der Schluss gezogen werden, dass dem Zedenten von Anfang an der Nachweis des unverschuldeten wirtschaftlichen Zusammenbruchs oblag. Zugestanden mag allerdings werden, dass die Beweisführung sich ursprünglich jedenfalls nicht in so eng umschriebener Form bewegte wie zur Zeit des Theodosius, sondern freier und allgemeiner gestaltet war. Aehnliches gilt für die Periode Justinians. Dass die Konstitution des Theodosius in die justinianische Kompilation nicht aufgenommen ist, will nicht besagen, dass damit auch der ihr zugrunde liegende Gedanke der schuldnerischen Beweispflicht abgelehnt ist. Vielmehr deuten ver-

natürlich der geforderte Nachweis nicht allzu vielen, und so konnten in Wirklichkeit nur verhältnismässig wenige die wohltätigen Folgen der freiwilligen Güterabtretung für sich in Anspruch nehmen.

Daneben ergab sich noch ein direkter Nachteil insofern, als die Vornahme der Zession zwecks Erlangung der damit verbundenen Vergünstigungen nach der Auffassung der öffentlichen Meinung als eine unehrenhafte und verwerfliche Handlungsweise betrachtet wurde. Gewiss sprach die lex Julia den Zedenten von der Jnfamie ausdrücklich frei, aber dabei hatte sie die infamia juris, die „Ehrenminderung kraft Rechtssatzes"[62]) im Auge. Keineswegs war jedoch damit die Abwendung der infamia facti einbegriffen, die „Ehrenminderung kraft der öffentlichen Meinung", von den Römern „turpitudo" genannt. Nun wies ja letztere die üblen Wirkungen der eigentlichen Jnfamie in deren Umfange nicht auf, immerhin führte auch sie schwere Schädigungen herbei, zwar weniger auf juristischem, umso mehr aber auf wirtschaftlichem Gebiete. Die durch die Vermögenshingabe offenkundig gewordene Tatsache nicht ordnungsmässiger Erfüllung der rechtmässig entstandenen Forderungen riefen in den Augen der Oeffentlichkeit gegenüber dem Zedenten eine Schmälerung seines persönlichen Ansehens und eine Herabsetzung seiner Kreditwürdigkeit hervor. Rechtlich trat die Benachteiligung der turpitudo in einer geringeren Bewertung der Rechtspersönlichkeit durch die Behörde in Erscheinung in Sachen, bezüglich deren auf die Ehrenhaftigkeit besonderes Gewicht gelegt wurde, wie beim Zeugnis, bei der Ernennung zum Vormund und ähnlichen Anlässen.[63])

Angesichts dieser unerwünschten Nebenwirkungen im Verein mit der schwierigen Beweisführung ist es zu verstehen, dass die Römer für die Einrichtung der cessio bonorum trotz deren sonstiger Vorzüge im allgemeinen wenig Neigung empfanden. Sie nannten sie „invidiosa"[64]) und sprachen von ihr als einem „flebile adjutorium" oder von einem „auxilium miserabilis cessionis"[65]). Wenn diese Bezeichnungen auch das Urteil einer sehr viel späteren Zeit wiedergeben, so entsprechen sie doch im wesentlichen der allgemeinen Auffassung, die sich schon bald nach Erlass der lex Julia

---

schiedene Anzeichen in den Stellen, die sich mit der Zession beschäftigen, daraufhin, dass jener wenigstens in dem Umfange, wie im ersten Zeitraum nach der Einführung der lex Julia, fortlebte. (Windscheid II § 266, N. 4; Wünsch S. 39—41).

[62]) Windscheid I, § 56.

[63]) Girard S. 219; Sohm § 36.

[64]) Eine Konstitution Diokletians und Maximians in lx. 5 Cod. qui bon. ced. 7, 71.

[65]) Justinian in lx. 7 u. 8 pr. Cod. qui bon. ced. 7, 71.

bildete. Die freiwillige Güterabtretung wurde mit der Zeit immer unbeliebter und infolgedessen immer weniger von ihr Gebrauch gemacht.[66])

Aus vorstehenden Ausführungen lässt sich schon ersehen, dass die tatsächlichen Verhältnisse den von Francke und Altmann eingenommenen Standpunkt (S. d. Abhdlg. 20) nicht rechtfertigen. Eine vergleichende Gegenüberstellung des beneficium condemnationis und der cessio bonorum sowie eine genaue Abwägung der beiderseitigen Vor- und Nachteile wird mit noch grösserer Deutlichkeit deren Unrichtigkeit ergeben.

Während der Zedent, um in den Genuss der in Aussicht gestellten Vorrechte zu gelangen, nach dem (S. d. Abhdlg. 22) Dargelegten den schwer zu führenden und zeitweise noch verschärften Beweis des nicht verschuldeten wirtschaftlichen Zusammenbruchs zu erbringen hatte, war der sich auf die Rechtswohltat des Notbedarfs Berufende jeglicher Nachweispflicht enthoben. Jm Gegenteil lag hier dem Gläubiger ob, darzutun, dass die Zerrüttung der Vermögensverhältnisse des ihm Verpflichteten ausschliesslich diesem zur Last falle.

Des weiteren fiel der zedierende Gemeinschuldner der infamia facti anheim, einer auf dem Urteil der Oeffentlichkeit beruhenden mit einer Herabsetzung der persönlichen und vor allem der wirtschaftlichen Geltung verbundenen Ehrenminderung, die den davon Betroffenen um seinen Kredit und schiesslich das ganze Jnstitut in einen üblen Ruf brachte. Nichts Derartiges finden wir bei unserm beneficium vor. Weit entfernt davon, dass dessen Jnhaber durch seine Geltendmachung mit irgendeinem Makel behaftet wurde, ist das Sonderrecht in den Quellen verschiedentlich sogar als honor bezeichnet (S. d. Abhdlg. 3).

Endlich befand sich der bonis Zedierende gegenüber jedem Benefiziaten auch hinsichtlich der Nachleistungspflicht in einem wenngleich nur geringen Nachteil. Gegen ersteren blieb nämlich das Forderungsrecht auf den ungetilgten Betrag der auf volle Höhe erkannten Urteilssumme unter allen Umständen erhalten, gegen letzteren war indessen die Erhebung einer nachträglichen Klage auf den Restbetrag wegen der prozessualen Konsumtion bekanntlich nur zulässig, wenn der Gläubiger sich ausdrücklich eine Nachleistung hatte versprechen lassen. Zugestandenermassen geschah dies allerdings regelmässig, aber es kam doch immerhin vor, dass von demselben Abstand genommen wurde und dann war ein Recht auf das Residuum nicht vorhanden.

---

[66]) Sohm § 119, III, Abs. 3; Wünsch 33—42.

Hiernach darf es als erwiesen gelten, dass die mit dem beneficium donatoris verbundenen Vorteile die nur bedingt eintretenden Vergünstigungen der freiwilligen Vermögenshingabe um ein erhebliches übertrafen. Mithin besass unsere Rechtswohltat entgegen der von Francke und Genossen verfochtenen Ansicht neben der Einrichtung der cessio bonorum volle Existenzberechtigung. Ein schlagender Beweis hierfür ist die auffallende Tatsache, dass das Privileg des Schenkers und mit ihm die meisten anderen erst nach Erlass der lex Julia ins Leben gerufen worden sind. Nun ist es aber doch undenkbar, dass die Römer ein Jnstitut erstehen liessen, das völlig bedeutungslos oder mindestens dazu verurteilt gewesen wäre, ein Schattendasein zu führen.[67])

§ 6.

b) Die bevorzugte Ausstattung des beneficium donatoris vor den anderen Kondemnationsprivilegien durch Erweiterung seines Jnhalts gemäss der lx. 30 D. de re jud. 42, 1 (Pomponiusstelle) bezw. lx. 19 §1 D. eod. (Paulusstelle).

Mit dem Erlass der beiden Reskripte des Kaisers Antoninus Pius, der in dem einen die Schaffung des beneficium condemnationis in id quod donator facere potest aussprach, war die römische Entwicklungsgeschichte der Rechtswohltat des Notbedarfs an einem Wendepunkt angelangt. Hatte man bisher seine Bestrebungen auf die Erweiterung ihres Anwendungsgebietes gerichtet, so begann man jetzt[68]) seine Aufmerksamkeit dem inneren Ausbau des Ausnahme-

---

[67]) Wünsch S. 38—43.

[68]) Nur 2 Fälle gelangten noch in der Folgezeit bis zum ausgehenden zweiten Jahrhundert mittels der Praxis zur Entstehung, nämlich:

a) zugunsten der Aszendenten gegen die Forderungen ihrer Deszendenten (aber nicht umgekehrt), ferner des Patrons und seiner Familie gegen die Forderungen der Freigelassenen (lx. 16 u. 17 D. de re jud. 42, 1; lx. 54 D. sol. matr. 24, 3.).

b) zugunsten der Soldaten gegenüber allen Forderungen (lx. 6 pr. u. lx. 18 D. de re jud. 42, 1).

Selbstredend konnte die Rechtswohltat auch durch vertragliche Vereinbarungen zwischen den Parteien begründet werden (lx. 49 D. de pact. 2, 14). War dies geschehen, ohne nähere Bestimmungen über ihren Jnhalt zu treffen, so war sie in dem gewöhnlichen Umfange zu verstehen.

Vergl. Windscheid II, § 267 Abtlg. 1 u. 2 mit den dazu gehörigen Anmerkungen; Zipperling S. 41; Altmann S. 6; näheres S. 40/41.

rechts zuzuwenden. Hierbei wurde jedoch am meisten und für die nächsten Jahrhunderte mit ausschliesslicher Geltung das Schenkerprivileg bedacht. Der Zustand seiner gleichen Einstufung mit den übrigen Benefizien währte somit nur kurze Zeit. Schon unter dem kaiserlichen Urheber des vorhin erwähnten Reskriptes sprach der bedeutende Jurist Sextus Pomponius[69]) dem donator ein weiteres Vorrecht zu. Jn lx. 30 D. de re jud. 42, 1 heisst es darüber:

„Pomponius libro septimo variarum lectionum: Cum ex causa donationis promissa pecunia est, si dubium sit, an ea res eo usque donatoris facultates exhaurire possit, ut vix quicquam ei in bonis relictum sit, actio in id quod facere possit danda est, ita ut et ipsi donatori aliquid sufficiens relinquatur. Quod maxime inter liberos et parentes observandum est".

Aus dem zeitlichen Zusammentreffen könnte man den Schluss ziehen, dass die hier hervorgehobene besondere Bevorzugung bereits in der Verordnung des Antoninus Pius selbst enthalten war und somit von vornherein zum Jnhalt des Schenkerinstituts gehörte. Jndessen belehrt uns eine weitere Quellenaufzeichnung eines Besseren. Der später als Pomponius lebende Jurist Julius Paulus[70]), ein jüngerer Zeitgenosse des gefeierten Papinian, verteidigt den gleichen Rechtsgedanken, fügt ihm aber ein puto hinzu, ein Zeichen, dass er keine durch Gesetz festgelegte Bestimmung anführt, sondern nur seine persönliche Meinung ausspricht. Die in Frage kommende lx. 19 § 1 D. de re jud. 42, 1 lautet:

„Paulus libro sexto ad Plautium: Js quoque, qui ex causa donationis convenitur, in quantum facere potest condemnatur et quidem is solus deducto aere alieno: et inter eos, quibus ex simili causa pecunia debetur, occupantis potior erit causa. Jmmo nec totum quod habet extorquendum ei puto: sed et ipsius ratio habenda est, ne egeat."

Wenn aber zu Paulus Zeiten die dem Schenker zugesprochene Milderung keine gesetzliche Vorschrift darstellt, dann gilt das sicher nicht von der Zeit des früher lebenden Pomponius. Wir sind daher zu der Annahme gezwungen, dass auch Pomponius nur eine rein persönliche Ansicht zum Ausdruck gebracht hat, obwohl solches äusserlich nicht in Erscheinung tritt. Vielleicht war dies die Lehre der berühmten Rechtsschule der Sabinianer, zu deren letzten Vertretern allem Anschein nach auch Pomponius noch zählte[71]). Jn

---

[69]) Er ist der Verfasser des rechtsgeschichtlichen Referats in lx. 2 D. de orig. jur. 1, 2 u. ein Zeitgenosse des berühmten Salvius Julianus.

[70]) Er gehörte hauptsächlich dem beginnenden 3. Jahrhundert an.

[71]) Wünsch S. 44.

der dem Paulus folgenden Zeit hat sich dann die obige mildere Auffassung, da sie einem allseits empfundenen Rechtsbedürfnis entsprach, sehr bald durchgesetzt und durch die andauernde Praxis der Gerichte, wahrscheinlich schon in ganz kurzer Zeit, allgemein rechtliche Anerkennung gefunden.[72])

Die inhaltliche Ausdehnung des beneficium donatoris, wie sie uns in der lx. 19 § 1 D. 42, 1 entgegentritt, zeigt sich nach zwei Richtungen. Während in der Entstehungszeit des genannten Benefizium, wie es bei allen übrigen der Fall war und blieb, das Bruttovermögen der condemnatio zugrunde gelegt wurde, kam bei ihm von jetzt an das Nettovermögen zur Anrechnung.[73]) Man brachte also den Vermögensbestand in Anschlag, der sich nach Abzug der anderweitigen Schulden von dem Betrage des aktiven Vermögens ergab (et quidem is solus deducto aere alieno).[74]) Die Gestattung des Abzugs der Fremdschulden lag allerdings nur zum geringeren Teil im Jnteresse des Schenkers. Jn der Hauptsache diente derselbe dem Schutze der auf Grund eines verum debitum berechtigten Gläubiger, weil deren Forderungsrechte auf diese Weise vor einer Beeinträchtigung durch frei übernommene Verpflichtungen ihres Schuldners gesichert waren. Jmmerhin war die deductio aeris alieni auch für den debitor von Vorteil. Sie verhinderte es, dass jenem wegen der eingegangenen Schenkungsversprechungen die vorhandenen Mittel zur Befriedigung seiner auf anderen Obligationsverhältnissen beruhenden Gläubigeransprüche entzogen wurden. Dies konnte von besonderer Bedeutung gegenüber den Gläubigern werden, deren Forderungen den einschränkenden Wirkungen der Rechtswohltat nicht unterlagen, da der donator bezüglich ihrer im Gegensatz zu den anderen Beneficiaten keine Gefahr lief, infolge seiner Schenkungsschuld in Zahlungsunfähigkeit zu geraten und dadurch deren gefürchteten Folgen zu verfallen.

Die zweite in lx. 19 § 1 D. 42, 1 (sowie in lx. 30. eod. tit.) dem Schenker eingeräumte ungleich wichtigere Vergünstigung bestand in der Zurückbehaltung des Notbedarfs. Was den Umfang

---

[72]) Dernburg Pand. II, § 314, bes. Note 2 hierzu; Francke S. 394, 396; Altmann S. 6—8; Wünsch S. 43/44.

[73]) Zuerst wird von Marcellus hierauf hingewiesen (lx. 63, § 3 D. pro socio 17, 2), der unter Antoninus Pius und dessen Nachfolger Marc Aurel, demnach etwas später als Pomponius lebte.

[74]) Zitierte lx. 19 § 1 D. de re jud. 42, 1; ausserdem lx. 54 D. sol. matr. 24, 3: at is, qui ex donatione convenietur omni aere alieno deducto facere posse intellegitur u. lx. 12 D. de don. 39, 5: sed enim id, quod creditoribus debetur, erit detrahendum. Vergl. weiter Windscheid Bd. II, § 268, Satz 2 u. Note 2; Dernburg Pand. Bd. II § 314, Abs. II, Nr. 7; Sohm § 119, Note 9.

dieser Zubilligung betrifft, so ist die Frage hierüber Gegenstand eines lebhaften Streites geworden. Die römischen Bezeichnungen „aliquid sufficiens", „non totum extorquendum" und „ne egeat" sind ja auch zu unbestimmt, als dass man an der Hand von ihnen einen sicheren Massstab gewinnen könnte. Ebenso lassen die zahlreichen Erläuterungen in der Literatur zu einem grossen Teil wegen der Dehnbarkeit des Ausdrucks einen genaueren Umriss vermissen. Zu einem anderen Teil fassen sie den Begriff des Abzugs zu weit, wie es bei der Interpretation Altmann's (S. 7) „Rückbehaltung der notwendigen Subsistenzmittel" oder der Dernburgs[75]) Gewährung des „zum Lebensunterhalt Notwendigen" der Fall ist. Der wirklichen Bedeutung ziemlich nahe kommen die erfolgreichen Auslegungsversuche Schoemans S. 68), der übrigens als erster auf die verhältnismässige Geringfügigkeit obiger Neurung hinweist, indem er darlegt, dass die Sorge der Römer lediglich darauf gerichtet war, dem verklagten donator nicht „gerade alles haarklein zu nehmen", sondern ihm eine „Kleinigkeit zur Abwendung des höchsten Bedürfnisses" zu belassen. Den vorgezeichneten Fusstapfen folgt im wesentlichen Holtius (S 95 und 91), nach dessen Meinung die dem Schenker zu verbleibende Lebensnotdurft[76]) „wahrscheinlich nicht sehr weit ging", vielmehr entsprechend der Ansicht des Harmenopulos ihre Grenze fand in dem Ziel, den Verurteilten vorm Betteln zu bewahren. Zu einer ähnlichen Einstellung wie die beiden Letztgenannten ist nach ihnen Wünsch (S. 12, 13, 24 und 45) gelangt, der mit einer bemerkenswerten Gründlichkeit die obige Frage untersucht und weiter geklärt hat. Seine Ausführungen über diesen Punkt dürften im grossen und ganzen zutreffend sein, wenn sie auch starke Neigung zeigen, das zugebilligte Mass etwas zu eng zu bemessen.

---

[75]) Preuss. Privatr. Bd. II, § 110, Abs. 1.

[76]) Die Bemängelung des von Holtius verwandten Ausdrucks „Alimente" von seiten Wünsch (S. 24) ist unberechtigt, da jener mit dem betreffenden Worte nicht den umfassenden Begriff verbindet, den Wünsch ihm beilegt, sondern es in viel engerem Sinne versteht, was aus dessen S. 91 u. 95 verschiedentlich gemachten näheren Erklärungen unzweifelhaft hervorgeht. Indessen hat sich Holtius insofern geirrt, als er die geschichtliche Entwicklung in der Zuwendung des Notbedarfs zuerst an den Schenker und dann an alle übrigen Privilegierten offenbar ausser Acht lässt, da er alle drei hierfür in Betracht kommenden Gesetze (lx. 30 D. 42, 1, lx. 19 § 1 eod. tit. u. die später noch zu behandelnde lx. 173 pr. D. 50, 17) nebeneinanderstellt, ohne den temporalen Abstand in der Entstehung hervorzuheben und so den Anschein erweckt, als gehörten diese nicht bloss inhaltlich, sondern auch zeitlich zusammen.

Jn der Tat gewinnt man aus verschiedenen Umständen den Eindruck, dass der in lx. 30 und 19 § 1 D. 42, 1 dem Schenker gewährte Verbleib von Vermögensmitteln wenig umfangreich war. Der Zweck der Einführung ging ja auch nur dahin, zu verhindern, dass dem Schuldner das Letzte und Unentbehrlichste genommen wurde. Man wollte eben die bislang gesetzlich zulässige Möglichkeit ausschliessen, dass ein rabiater Gläubiger in rücksichtsloser Ausnutzung seines Forderungsrechts den Schenker gar bis aufs Hemd auszog und in gröbster Verkennung der ihm bewiesenen Freigebigkeit seinen Wohltäter dem bittersten Elend preisgab. So sollte der donator wenigstens soviel für sich behalten dürfen, dass er nicht drückendster Not ausgesetzt und auch nicht gezwungen war, die Hilfe seiner Verwandten oder selbst Fremder in Anspruch zu nehmen. Spezielle Angaben über das zu Belassende, etwa durch Aufzählung der notwendigsten Bedürfnisgegenstände in Nahrung und Kleidung finden wir, (wie bereits angedeutet), weder in den angeführten Gesetzen, noch sonstwo in den Quellen vor. Wie gering jedoch die römischen Juristen die zugestandene Milderung bewerteten, zeigen uns folgende zwei Tatsachen. Jn der oben zitierten Pomponius- und Palusstelle ist der Hinweis auf jenes Vorzugsrecht ohne besondere Hervorhebung durch diese angehängten Ausdrücke: „immo", „ita ut" erfolgt. Noch schwerer fällt ins Gewicht, dass in zwei weiteren Ausführungen in lx. 12 und lx. 33 D. de. don. 39, 5 von Ulpian, einem Zeitgenossen des Paulus und sehr viel später von Hermogenian bei der Behandlung der Schenkerwohltat die Gewährung des „ne egeat" überhaupt nicht erwähnt ist, augenscheinlich aus dem Grunde, weil solches in Anbetracht der Unerheblichkeit des Eingeräumten von den beiden Autoren nicht für notwendig befunden wurde.[77])

Ausser dem Schenker billigt sodann Schoeman (S. 66 und 68) in gleicher Weise den Eltern, sowie demjenigen, der bonis zediert hat, bei der Verurteilung den Notbedarf zu. Jn dem ersten der beiden Fälle stützt er seine Auffassung auf den Schlussatz der bekannten lx. 30 D. 42, 1: „quod maxime inter liberos et parentes observandum est". Doch ergibt sich aus näherer Betrachtung, dass dort nicht den Eltern als solchen ein aliquid sufficiens zugestanden werden soll, sondern dass jene Worte den besonderen Fall der Schenkung zwischen Eltern und Kindern im Auge haben, der aus dem Grunde besonders hervorgehoben worden ist, weil er zur Zeit des Pomponius bei der im allgemeinen bestehenden Einschränkung hauptsächlich in Betracht kam.[78])

---

[77]) Wünsch S. 45.
[78]) Wünsch S. 46 u. 45.

Ebenso unrichtig wie diese ist die aus verschiedenen Quellenstellen[79]) geschöpfte Meinung in betreff des bonis Zedenten[80]), der sich nachher mehrere wie Brinz (§ 286 Note 18), Windscheid (II § 268 Note 1), Altmann (S. 8) und anscheinend auch Dernburg (Pand. Bd. II, § 314, Note 2) angeschlossen haben. Der Grund für diesen irrigen Standpunkt liegt offenbar in einer Verwechslung der exceptio nisi bonis cesserit mit dem beneficium condemnationis. Bekanntlich war dem Zedenten, wenn seine freiwillige Güterabtretung Erfolg gehabt hatte, eine exceptio nisi bonis cesserit eingeräumt, die ihn vor den Nachforderungen seiner alten Gläubiger solange schützte, bis sich seine wirtschaftlichen Verhältnisse wieder in etwa konsolidiert hatten Auf diese Einrede nehmen die in den angeführten Gesetzesstellen stehenden Worte: „modicum aliquid" „idoneum emolumentum" und „alimenta cottidiana" Bezug und nicht auf unsere Rechtswohltat. Letztere war dem Gemeinschuldner nach erfolgreicher Entäusserung inbetreff seiner Restschulden zwar ebenfalls verliehen, kam aber nur bei Nichtplatzgreifen der erwähnten exceptio infolge erheblicher Besserung der schuldnerischen Wirtschaftslage nach voraufgegangener Erhebung der Nachforderungsklage in Frage und hatte dann denselben Jnhalt, den die anderen Benefizien — von der des Schenkers natürlich abgesehen —, auch hatten, ohne einen Abzug irgendwelcher Art in sich zu schliessen. Die irrtümliche Auffassung Schoemans und der anderen erklärt sich daraus, dass allerdings dem debitor, der bonis zediert hatte, bis zu einer gewissen Aufbesserung seiner Vermögensverhältnisse der Notbedarf verblieb, da ja unter den bezeichneten Umständen eine Klage auf das Residuum gar nicht zugelassen wurde, aber der Grund hierfür lag in der Wirkung der genannten Einrede und nicht des privilegium condemnationis[81]).

Die inhaltliche Erweiterung des beneficium donatoris fand ihren Ausdruck in einer freieren und weitherzigeren Auslegung des facere posse. Während ursprünglich bei der Schaffung des betreffenden Benefizium wie überhaupt bei allen andern vorher und nachher diese Wendung streng wörtlich als ein „Leistenkönnen mit eigenem Mangel" aufgefasst wurde, verstand man inbetreff des Schenkerprivilegs nunmehr unter ihr auf Grund einer liberaleren Jnterpretation ein „Leistenkönnen ohne eigenen Mangel"[82]). Der Begriff der Leistungs-

---

[79]) L. 6 und 7 D. de cess. bon. 42, 3 und § 40 Jnst. de act. 4, 6.
[80]) Schoeman S. 69 Anmerkung.
[81]) Wünsch S. 55/56 und 67 ff.
[82]) Gegenteiliger Meinung sind die Vertreter der sogen. gemeinrechtlichen Theorie: Thibaut (S. 348), Unterholzner (§ 181 bes. N. d, 1—3) und unter gewissen Voraussetzungen auch Brinz (§ 286 Note 17), die eine fortschreitende Entwicklung in der Beurteilung des „fa-

fähigkeit hatte demnach eine gewisse Wandlung durchgemacht. Die Berechnung des bei der Kondemnation zugrunde gelegten Vermögens war eine andere geworden. Jn der ersten Zeit des entstandenen Sonderrechts musste der Schenker sein gesamtes Hab und Gut zur Verfügung stellen; seit dem 3. Jahrhundert wurde nur der Vermögenswert in Anrechnung gebracht, der nach Abzug der fremden Schulden und der notwendigsten Bedürfnisse fürs Leben übrigblieb.

Trotzdem ist aber die Grundbedeutung des beneficium donatoris die gleiche geblieben. Sein Hauptgewicht ruhte auch jetzt noch auf der Beschränkung der Verurteilung auf den Vermögensbetrag und nicht auf der neu hinzugetretenen Gewährung der beiden Abzüge. Die deductio aeris alieni diente überhaupt mehr dem Schutze der anderweitigen Gläubiger als dem des Schenkers, kam also weniger in Betracht; die deductio ne egeat aber war nicht so umfassend und von solcher Wichtigkeit, dass sie den Schwerpunkt des Schenkervorrechts hätte verschieben können. Vielmehr war sie nach Holtius (S. 91) nur als „eine Zutat, als Ausdehnung der an sich schon sehr vorteilhaften Rechtswohltat" anzusehen.[83])

Auf einen entgegengesetzten Standpunkt, also auf Eintreten für eine Aenderung im Charakter des Schenkerinstituts lassen die Darlegungen bei Francke (S. 414, 394, 396), Altmann S. 7/8) und Windscheid (II § 267 Note 1) schliessen. Allerdings ist dieses dort nicht direkt ausgesprochen, aber eine andere Stellungnahme ist den Genannten gar nicht möglich; den beiden ersten nicht, weil sie die Ausnahmestellung des beneficium condemnationis in seiner Gesamtheit nach Erlass der lex Julia de cessione bonorum als „überholt und überflüssig" betrachten und daher konsequenterweise jede Erweiterung irgendeines Anwendungsfalles als eine vollständige Umbildung der alten Jnstitution ansehen müssen, dem letzteren nicht, weil er das Kondemnationsprivileg in seiner ursprünglichen Gestalt

---

cere posse" leugnen und ihm von Anfang an die umfassendere Bedeutung des „Leistenkönnen ohne Mangel" beilegen (Vergl. S. d. Abhlg. 13), da sie sonst in der Kondemnationsformel keine beachtenswerte Begünstigung zu erblicken vermögen. Doch wird deren Standpunkt von fast allen andern bekämpft und einer allmählichen Entwicklung das Wort geredet (Windscheid § 267 Note 1 und Altmann S. 2, 8 und 9). Jndessen ist zu berücksichtigen, dass bei der herrschenden Meinung wohl über den Entwicklungsgang Einigkeit herrscht, nicht aber, wie aus dem Vorhergehenden ersichtlich, über den Umfang der später eingetretenen Aenderung bezw. darüber, wie weit der oben verwendete Ausdruck „Mangel" zu fassen ist.

[83]) Jn ähnlicher Weise äussern sich Dernburg (Preuss. Privatr. II, § 110, Abs. 1) und Wünsch (S. 45/46).

nach dem Platzgreifen der liberaleren Auslegung des facere posse, die nach ihm zuerst in dem paulinischen Gesetz in Erscheinung getreten ist, als bedeutungslos erklärt und deshalb zu demselben Resultat gelangen muss wie die beiden vorigen. Da jedoch die lex Julia nachgewiesenermassen die Vorzüge der alten Rechtswohltat wohl bis zu einem gewissen Grade zu mindern, aber keineswegs zu beseitigen vermochte, und auch die neue Bestimmung in lg. 30 und 19 § 1 D. 42, 1 nicht von so umwälzender Wirkung war, so können wir die gegnerische Auffassung nicht teilen, sondern müssen an der grundsätzlichen früheren Bedeutung des beneficium donatoris festhalten.

Letzteres gilt nicht minder gegenüber der von Holtius (S. 91 Note 1 und vielleicht auch S. 95) schwach angedeuteten, von Zimmern (§ 141 S. 427) und mehr noch von Heimbach (S. 878) stärker hervorgehobenen und schliesslich von v. Vangerow (§ 174 Anm. 1) mit aller Deutlichkeit und Bestimmtheit vertretenen Anschauung, die eine mittlere Lösung darstellt, indem sie sich für ein zweifaches Benefizium einsetzt, für ein Benefizium der Kondemnation und der Exekution. Hiernach hat das erste in der Beschränkung der Verteilung auf den Belauf des gegenwärtigen Schuldnervermögens (in quantum debitor facere potest) bestanden, das zweite hat die Belassung der notwendigen Subsistenzmittel (ne debitor egeat) bei Vornahme der Vollstreckung bezweckt. Auf dem Zusammenwirken der beiden stets miteinander verbundenen Privilegien habe der Inhalt der Gesamtwohltat beruht[84]). Demgegenüber ist zu betonen, dass die aufgestellte Meinung in den Quellen nicht die geringste Begründung findet. Die in Betracht kommenden Gesetzesstellen (lx. 30 und lx. 19 § 1 D. 42, 1) lassen unschwer ein einheitliches, ungeteiltes Benefizium erkennen, bei dem der abzuziehende Notbedarf so gut wie sein sonstiger Inhalt gleichzeitig, unter Vermeidung jeder getrennten Behandlung, berücksichtigt wurde.[85]) Wenn nun die Vertreter der sogenannten Vangerowschen Theorie sich zum Teil bei ihrer Beweisführung mit Vorliebe auf das Wort „extorquendum" (lx. 19 § 1 D. 42, 1) stützen, das deutlich auf die Exekution hin-

---

[84]) v. Vangerow (§ 174 Anm. 1) u. bes. Altmann, (dessen Darstellungsweise S. 22 überhaupt sehr ungenau und vielfach unrichtig ist), irren, wenn sie Schoeman als den Urheber obiger Theorie ansehen. Ueberhaupt geht aus Schoemans Ausführungen (S. 63 ff.) mit Bestimmtheit nirgends hervor, dass er einer Scheidung des Benefizium in zwei selbständige Sonderrechte das Wort reden wollte. Er hat wohl bei den verschiedenen Fällen zwei Gruppen von mehr oder minder bevorzugtem Inhalt unterschieden, aber eine Teilung innerhalb des einzelnen Falles nicht vorgenommen.

[85]) Francke S. 392/93 und Windscheid II, § 267, Note 1.

weise, so ist dem entgegenzuhalten, dass bei diesem Ausdruck sinngemäss „in condemnatione" zu ergänzen ist, (wie es auch in einer späteren sich an obiges Gesetz anlehnenden lex 173 pr. D. 50, 17 tatsächlich geschehen ist), und soviel besagen will wie, der Richter muss bei der Verurteilung Vorsorge treffen, damit späterhin bei der Exekution dem judicatus nicht das Notwendigste entzogen werde.[86])

Eine neuere an die Theorie v. Vangerow erinnernde, aber wesentlich modifizierte Ansicht Zipperlings (S. 32—35) geht dahin, dass die römische Rechtswohltat nach ihrer ersten inhaltlichen Ausdehnung als materiell-rechtliches Institut aus zwei Wurzeln bestand, also eine Doppelnatur besass, dagegen hinsichtlich ihrer prozessualen Auswirkung eine Einheit darstellte. Wir glauben jedoch genugsam bewiesen zu haben ,dass die Einheitlichkeit des beneficium condemnationis auch inbetreff ihres materiellrechtlichen Wesens nach Hinzukommen der deductio ne egeat weiter gewahrt blieb und dass letztere Erweiterung nicht selbständig als „neues Element" neben der condemnatio in id quod d. f. potest auftrat, sondern als ihr Bestandteil in ihr enthalten war.

§ 7.

c) Die Einwirkung der justinianischen lx. 173 pr. D. de div. reg. jur. 50, 17, auf das Bestehen des beneficium donatoris und die teilweise Einbüssung deren Vorrangstellung vor den übrigen Benefizien.

Die doppelte Bevorrechtigung des Schenkers vor allen übrigen Benefiziaten blieb lange Zeit nach ihrer Einführung durch die Juristen für ihn allein in vollem Umfange bestehen. Ueberhaupt ist die Zubilligung der Abrechnung der Fremdschulden dem Schenker als einzigem bis in die heutige Zeit hinein erhalten geblieben. Nur die Vergünstigung der Zurückbehaltung des zum Leben Notwendigsten ging im Laufe der Jahrhunderte im Wege der Rechtsausübung allmählich auf alle Fälle der Rechtswohltat über. Ein genauer Zeitpunkt für den Beginn dieser Entwicklung lässt sich nicht angeben. Ebensowenig ist aus den Quellen zu ersehen, in welcher Weise und in welcher Reihenfolge die Ausdehnung vor sich gegangen ist. Jedenfalls finden wir aber in der lx. 173 pr. D. de div. reg. jur. 50, 17 eine Zusammenfassung sämtlicher Wohltatsfälle, in der das „ne egeat" des Schenkers allen Privilegierten zugesprochen ist.[87])

[86]) Francke S. 396; Wünsch S. 63,64.

[87]) Dernburg Pand. II § 314. vor allem Note 2 unten hierzu; Altmann S. 8; Wünsch S. 43.

Da die genannte Digestenstelle durch Jnterpolation[88]) aus der lx. 19 § 1 D. de re jud. 42, 1 geschaffen ist, was man bei einem Vergleich ohne weiteres erkennen kann[89]), so bietet sie uns einen Beleg dafür, dass sie ihre Entstehung erst unter Justinian (reg. von 527—565) gefunden hat. Der Wortlaut des Gesetzes ist folgender:

„Paulus libro sexto ad Plautium: Jn condemnatione personarum, quae in id quod facere possunt damnantur, non totum quod habent extorquendum est, sed et ipsarum ratio habenda est, ne egeant."

Gegen die rechtliche Geltung der hier in Erscheinung tretenden inhaltlichen Erweiterung für das gesamte Anwendungsgebiet des beneficium condemnationis sind allerhand Zweifel laut geworden. Wünsch (S. 57/58) insbesondere erhebt die schwersten Bedenken gegen die Beweiskraft der lx. 173, die sich dem übrigen Jnhalt der justinianischen Rechtssammlung so gar nicht anpasse, ihm vielmehr direkt zuwidersprechen scheine. Er wirft deshalb die Frage auf: „Lag die umfassende Zuerkennung des „ne egeat" in der Absicht der Kompilatoren, oder beruhte sie auf einem Versehen ihrer Urheber, die aus Flüchtigkeit das, was in der übernommenen lx. 19 § 1 D. 42, 1 dem Schenker allein zugestanden war, auf alle Begünstigten ausdehnten"? Trotzdem entschliesst sich jener aber letzten Endes zu einer Bejahung der ersten Frage. Schoeman (S. 68) legt obiges Gesetz in der Weise aus, dass er in ihm die Worte: „sed et" in dem einschränkenden Sinne von „auch zuweilen" auffasst und sie dabei auf nur drei Personenklassen Bezug nehmen lässt, denen der Abzug zu gewähren sei, nämlich auf Schenker, Eltern und solche, die bonis zediert haben. Doch hat diese „gewaltsame"[90]) Auslegung, ausser bei Heimbach (S. 878), nirgends Anklang gefunden. Uebrigens wären auch im zutreffenden Falle die Schwierigkeiten nicht beseitigt, da dann immer noch die allgemein gehaltenen Worte „non totum extorquendum est" bestehen blieben.

Man muss zugeben, dass sich wider die Gültigkeit der in lx. 173 auf alle Beneficiaten gleichmässig ausgedehnten Vergünstigung des Rückbehalts in der Tat manches ins Feld führen lässt. Abgesehen von dem Erscheinen unter diesem nebensächlichen Titel fällt vor

---

[88]) Die Jnterpolationen, auch emblemata Triboniani genannt, sind Veränderungen, die an den zum Aufbau der Pandekten auszugsweise verwandten Schriften der klassischen Juristen vorgenommen wurden, um die in ihnen niedergelegten z. T. veralteten Rechtsgedanken dem Geiste der justinianischen Rechtsanschauungen anzupassen.

[89]) Beide leges 19 u. 173 stammen aus dem 6. Buche des Paulus ad Plautium.

[90]) Thibaut S. 348.

allem die nachlässige Form ins Auge, in die der verallgemeinerte Gedanke bei seiner doch nicht ganz belanglosen Bedeutung gekleidet ist. Es mutet eigenartig an ,dass der Sinn der Ausnahmebestimmung nicht klarer und deutlicher niedergelegt ist. Einen Masstab für die an den Tag gelegte Oberflächlichkeit seitens der Kompilatoren bieten die Worte: „et ipsarum". Während der entsprechende Ausdruck der echten Paulusstelle „et ipsius" als im Gegensatz zum „deducto aere alieno" — einem Abzug vorzugsweise im Jnteresse der sonstigen Gläubiger steht dort ein solcher im ausschliesslichen Jnteresse des Schenkers gegenüber — sich ganz am Platze befindet, ist das „et ipsarum" in der entlehnten Stelle wegen Fehlens der gegensätzlichen Bestimmung gänzlich überflüssig und direkt unsinnig. Mit vollem Recht durfte daher Brinz (§ 286 Note 17), hierauf hinweisend, sagen, die lx. 173 deute auf eine „minder vorsichtige Ueberarbeitung" der lx. 19 hin.[91])

Aber trotz aller Bedenken[92]) können wir nicht umhin, die Rechtsgültigkeit der Verallgemeinerung in dem justinianischen Gesetze anzuerkennen, da eine andere als die rein wörtliche Deutung sich nicht verteidigen lässt. Die Annahme erscheint gerechtfertigt, dass die zuerst von Pomponius und Paulus ausschliesslich zugunsten des Schenkers zugrunde gelegte liberalere Jnterpretation des facere posse den infolge Einwirkung des an Macht gewinnenden Christentums fortgeschrittenen milderen Anschauungen entsprechend im Wege analoger Rechtsanwendung nach und nach auch zugunsten der übrigen Benefiziaten Platz gegriffen hat.[93]) Der vorhandenen durch die Praxis der Gerichte in der Rechtsprechung bereits tatsächlich berücksichtigten rechtlichen Auffassung haben dann die Kompilatoren Rechnung getragen und durch Aufstellung der gesetzlichen Sondervorschrift in lx. 173 das bisher nur dem Schenker zugebilligte Abzugsrecht des Notbedarfs auf alle Jnhaber der Rechtswohltat übertragen.[94])

---

[91]) Unterstrichen wird diese Ausführung von Altmann (S. 8 Note 39) und Wünsch (S. 57 und 43/44).

[92]) Hierhin gehört auch das stillschweigende Uebergehen der Neurung in den anderen Teilen des Corpus juris, wo die Rechtswohltat behandelt wird, besonders in den Jnstitutionen. Doch kann dies auch auf einem anderen Grunde beruhen, wie wir später sehen werden.

[93]) Dieser Standpunkt wird natürlich von den Gegnern jeder historischen Entwicklung, also hauptsächlich von Thibaut, Unterholzner und unter Einschränkungen auch von Brinz (vergl. S. d. Abhlg. 45 Fussnote 15) abgelehnt, ebenso neuerdings, wenngleich aus anderen Gründen, von Zipperling (S. 32).

[94]) Dernburg Pand. Bd. II § 314 Note 2; Wünsch S. 58/59.

Ueber den Jnhalt und die Bedeutung der in der justinianischen Kodifikation allgemein zugestandenen Kompetenz gehen die Ansichten im einzelnen weit auseinander. Die herrschende Meinung, von Wünsch Alimententheorie genannt und hauptsächlich von Francke (S. 412, 414 und 396) und Altmann (S. 7/8 und 23) vertreten, stellt sich auf den Standpunkt, dass man dem in seiner ursprünglichen Gestalt durch die lex Julia de cessione bonorum „überholten und überflüssig" gewordenen beneficium condemnationis durch die Belassung von Alimenten einen neuen Inhalt gegeben habe, um es als Ausnahmerecht wieder erstehen zu lassen.[95]) Hierdurch sei ein ganz anderes Beneficium mit völlig verändertem Charakter geschaffen worden. Früher in der Verurteilung auf den Betrag des Vermögens bestehend und die Abwendung der Personalexekution bezweckend, habe seine Bedeutung jetzt auf dem Behalten der notwendigen Subsistenzmittel beruht und eine Beschränkung der Realexekution zum Ziel gehabt.[96]) Da die aufgestellte Behauptung sich auf die Gesamtheit der Anwendungsfälle erstreckt, so ist damit auch für das beneficium donatoris eine Umwandlung seiner früheren Natur ausgesprochen. Soweit die hierfür vorgebrachten Argumente der Alimententheorie auf der angeblichen Wirkung der lex Julia bezw. — soweit Windscheid in Betracht kommt — auf der in den lg. 19 und 30 enthaltenen Neurung fussen, sind sie bereits früher widerlegt worden (S. 30 und 31). Eine etwaige Umgestaltung kann nach Vorliegendem nur noch in Frage kommen, wenn entweder das in lx. 173 für alle Berechtigten gleichmässig festgelegte Abzugsrecht von derartigem Umfange war, dass es den Hauptinhalt des Schenkerprivilegs bilden konnte, oder wenn die übrigen Vergünstigungen im Laufe der Zeit in einem Masse an Wirkung eingebüsst hatten, dass infolge dieses Vorgangs der Belassung des Notbedarfs der Vorrang gebührte.

---

[95]) Windscheid (II § 267, Note 1), der auch Anhänger der Alimententheorie ist, sieht den anfänglichen Jnhalt des beneficium erst nach dem Aufkommen der liberaleren Jnterpretation des facere posse, also erst nach Jnkrafttreten der lg. 30 und 19 § 1 D. 42, 1 inbetreff des Schenkers, der lx. 173 pr. D. 50, 17 inbetreff aller Bevorrechtigten als hinfällig an und nicht schon nach Erlass der lex Julia, wie Altmann (S. 7 Note 36) fälschlich zitiert, was zeitlich ein erheblicher Unterschied ist.

[96]) Auf Grund der justinianischen Bestimmung erklären sich die Hauptvertreter der Alimententheorie klar und unumwunden für die dargelegte Umbildung des Rechtsinstituts, während sie an Hand der lg. 30 und 19 eine solche hinsichtlich des Schenkerprivilegs kaum angedeutet haben, obwohl in den beiden gegenüberstehenden Vorschriften der fragliche Aenderungsgrund der gleiche ist, nämlich die deductio ne egeat (bezw. ne egeant).

Bezüglich des ersten Punktes liegt ja die Möglichkeit nahe, dass zugleich mit der Ausdehnung des Geltungsgebiets eine entsprechende inhaltliche Erweiterung der deductio ne egeat vor sich gegangen ist. Jndessen deutet die Nichtbeachtung, die letztere an den verschiedensten Stellen der justinianischen Gesetzessammlung bei der Behandlung des gesamten beneficium condemnationis gefunden hat, darauf hin, dass solches keineswegs geschehen ist.

Dies geht hervor aus den Ausführungen über das condemnari in quantum facere potest in dem ersten Teil des Corpus juris, den Jnstitutionen[97]). Zwar ist dieses Werk von kurzer und knapper Darstellung, enthält aber doch immerhin als Lehrbuch die Grundzüge der einzelnen Rechtsinstitute seiner Zeit. Es ist undenkbar, dass die Belassung von Vermögensmitteln unerwähnt geblieben wäre, wenn sie ein solch überragendes Mass umfasst hätte.[98])

Eine weitere Bestätigung obiger Auffassung liefert die Paraphrase des unter Justinian lebenden Theophilus zu § 37 Jnst. de act. 4, 6[99]). Die Stelle hat nach der Fabrotschen Uebersetzung[100]) folgenden Wortlaut: „Et si quidem concurrat quantitas bonorum cum quantitate dotis, solidum mulier consecutura est. Sin vero, cum dos centum aureorum esset, facultates meae tantum quinquaginta colligant, in quinquaginta condemnabor; eatenus facere possum". Hier wird also die eigentliche Bedeutung der Rechtswohltat (jeden Anwendungsfall betreffend) in eingehender und unmissverständlicher Weise an einem Beispiel erläutert und dabei der Verbleib des Notbedarfs nicht einmal erwähnt, was doch als ausgeschlossen gelten müsste, wenn jener von sehr umfangreicher Art gewesen wäre. Dass Theophilus bei der Erklärung der justinianischen Jnstitutionen für seine Zeit gesprochen hat, bedarf keines näheren Beweises. Trotzdem wird diese Tatsache von den Verfechtern der Alimententheorie in Zweifel gezogen. Jhnen kommt natürlich das einwandfreie Zeugnis des Mitarbeiters am Corpus juris, der Anspruch darauf erheben kann, das justinianische Recht genau zu kennen, äusserst ungelegen und so stellen Francke (S. 393, 394) und in Anlehnung an ihn Altmann (S. 2 und Note 7 daselbst) zu seiner Entkräftung die Behauptung auf, der oströmische Professor habe bei seinen Vorlesungen antiquiertes Recht vorgetragen, da er bekanntlich die

---

[97]) §§ 37—40 Jnst. de act. 4, 6.

[98]) Holtius S. 91/92 und Wünsch S. 60.

[99]) Theophilus ist einer der drei Verfasser der Justiniani institutiones. Ausserdem werden ihm die griechischen Erläuterungen hierzu, Paraphrasen genannt, zugeschrieben.

[100]) Vergl. Altmann S. 2 Note 7 und v. Vangerow § 174 Anm. 1 b. Für die Quellenangabe bezüglich des griechischen Urtextes: Heimbach S. 878.

Schriften alter Juristen benutzt habe. Doch wird hierfür nicht der Schein eines Beweises erbracht. Die klaren unzweideutigen Worte Theophils lassen eine Bezugnahme auf eine andere als die damalige Zeit gar nicht zu. Gegenteiligenfalls wäre dies zum mindesten irgendwie hervorgehoben worden.[101])

Endlich lassen sich zur Begründung unserer Ansicht zahlreiche Pandektenstellen anführen, die das beneficium condemnationis hinhinsichtlich aller Geltungsfälle im Sinne der alten beschränkten Bedeutung begrifflich auseinanderlegen, ohne auch nur mit einem Worte das Recht auf Rückbehalt zu erwähnen. Diese aus den Schriften der klassischen Juristen herrührenden unverändert in die justinianische Kodifikation übernommenen Definitionen führen uns vor Augen, welche untergeordnete Rolle jene Zubilligung tatsächlich spielte.[102])

Aus allem dem gewinnen wir den Eindruck, dass der gewährte Abzug des Notbedarfs unter Justinian noch ebenso geringfügig und nebensächlich war wie zu Paulus Zeiten. Wie damals umfasste er auch jetzt lediglich das zum Leben Notwendigste, eine Menge, die nicht weiter reichte, als den Verurteilten vor bitterem Elend und äusserster Not zu schützen. Dass ein solch begrenztes Vorrecht vor der Gesamtheit der übrigen mit der Schenkerwohltat verbundenen Vergünstigungen, wie wir sie früher kennengelernt haben, ganz zurücktreten musste, liegt auf der Hand.

Die Möglichkeit einer Umstellung innerhalb des beneficium donatoris kann dann gemäss dem S. 36 bereits Bemerkten noch dadurch gegeben sein, dass infolge irgendwelcher Einflüsse der sonstige Inhalt des betreffenden Instituts im Laufe der Jahrhunderte an ursprünglicher Wirkung und Bedeutung erheblich eingebüsst und dadurch den bislang behaupteten Vorsprung vor der deductio ne egeat völlig verloren hat. In der Tat haben verschiedene Umstände, insbesondere die allmähliche Besserung der allgemeinen Rechtslage des gewöhnlichen Schuldners seit den Tagen des Antoninus Pius dahin geführt, dass hier eine gewisse Aenderung eingetreten ist.

Dies zeigt sich zunächst in dem Vorzug, der in der Abwendung der Personalhaft bestand. Unter dem Einfluss milderer Rechts-

---

[101]) Holtius S. 92 und Wünsch a. a. O. S. 53/54. Unterholzner (§ 181 Note d. 2) legt Theophils Paraphrase folgendermassen aus: Wer seinem Berufe, ohne Betriebskapital zu benötigen, nachgehen könne, müsse sein ganzes Vermögen hergeben (z. B. der Tagelöhner), wer aber ein Erwerbsgeschäft betreibe, das vorhandenes Betriebskapital voraussetze, dem sei der notwendige Bedarf zu belassen (z. B. dem Gewerbetreibenden). Für eine solche Interpretation fehlen jedoch jegliche Anhaltspunkte.

[102]) Holtius S. 93/94.

anschauungen und dem Eindruck öfteren Missbrauchs[103]) war das System der Schuldhaft nach und nach weiter abgebaut worden. Einesteils wurde es stark eingeschränkt durch gesetzliche oder gewohnheitsmässige Massnahmen, andernteils wurde die Form seiner Durchführung erheblich gemildert. So fiel die private Jnhaftierung unter Justinian gänzlich fort, es kam in der Folge für den nicht leistenden Schuldner im gegebenen Falle nur eine Unterbringung in einem öffentlichen Schuldgefängnisse in Betracht.[104]) Frauen blieben überhaupt vor diesem Zwangsmittel bewahrt und bereits vorher durfte dasselbe allgemein nicht zur Beitreibung öffentlicher Abgaben angewandt werden. Ebenso zog der Gläubiger dort, wo ihm die Wahl in der Art des selbsttätigen Vorgehens zustand, weil von der cessio bonorum kein Gebrauch gemacht worden war oder hatte gemacht werden können, von sich aus meistens einer Vollstreckung gegen die Person des Verpflichteten eine solche gegen dessen Vermögen vor. Unter diesen Umständen gelangte die persönliche Haft zur Zeit des Jnkrafttretens der lx. 173 in Wirklichkeit nur selten zur Ausübung, aber rechtlich zulässig war sie, wenigstens grundsätzlich, immmer noch und das nicht bloss gegenüber Zahlungsunfähigen, wenn auch der eigentliche Zweck dieser Massregelung darin erblickt wurde, den böswilligen Schuldner zum Zahlen zu zwingen. Die Bewahrung vor dieser unwürdigen Behandlung oder doch die Sicherung vor ihrem drohenden Eintritt im Verein mit dem Bewusstsein, nicht auf den guten Willen des Gläubigers angewiesen zu sein, stellte somit selbst unter den veränderten Verhältnissen eine ansehnliche Vergünstigung dar.[105])

Jn ähnlicher Weise wie bei der Schuldhaft, wenn auch nicht in so starkem Masse, und in der Hauptsache durch die gleichen Momente hervorgerufen, hatte das Vorrecht an Wert verloren, das in der Vermeidung der Jnfamie lag. Letztere wies nämlich als infamia juris in der justinianischen Epoche längst nicht mehr die unheilvollen Folgen in dem Umfange ihres anfänglichen Bestehens auf. Die durch sie kraft gesetzlicher Vorschrift eintretende Minderung der rechtlichen Geltung, wie sie bisher in der Entziehung des jus suffragii et honorum, in dem teilweisen Verbot des jus connubii und dem des jus pro aliis postulandi zutage trat (S. d. Abhlg. 9), fiel

---

[103]) Nicht selten diente die genannte Exekutionsmethode dazu, gemeiner Rachlust des Klägers Befriedigung zu verschaffen.

[104]) Jm Kodex und in den Novellen ist ausschliesslich von der letzten Haftart die Rede (lx. 1 u. 2 C. de privatis carceribus inhibendis 9, 5), während die Pandekten (lx. 23 pr. D. ex quib. caus. 4, 6) noch von vincula privata sprechen.

[105]) Francke S. 407/408 und 411/412; Wünsch S. 61/62.

von jetzt an endgültig fort,[106]) nur die nach Massgabe richterlichen Ermessens von Fall zu Fall bestimmte persönliche Zurücksetzung und die wirtschaftliche Benachteiligung blieben bestehen. Andererseits war auch das Einflussgebiet der infamia juris verkleinert worden durch die inzwischen erfolgte Einbürgerung der eine Ehrenminderung ausschliessenden Sondervollstreckung in einzelne Vermögensstücke[107]). Jndessen konnte im Jnteresse des zahlungsunfähigen Schuldners, dessen ganzes Vermögen nicht einmal zur Befriedigung seiner Gläubiger ausreichte, die genannte Spezialexekution nicht Platz greifen, sondern für ihn kam weiterhin nur die Generalexekution mit den bekannten Folgen in Frage.[108]) Hiernach ergibt sich, dass die Jnfamie trotz Abschwächung ihrer Wirkungskraft auch jetzt noch eine schwere Schädigung für den von ihr Betroffenen bedeutete und dass daher ihre Abwehr selbst nach den eingetretenen Aenderungen einen beachtenswerten Vorteil darstellte.[109])

Eine weitere Einbusse erlitt der übrige Jnhalt des beneficium donatoris durch den Fortfall der allerdings nur ausnahmsweise eintretenden Befreiung von der Restschuld (S. d. Abhlg. 17). Der Grund hierfür lag in der Abschaffung des jene Befreiung indirekt hervorrufenden starren Prinzips der Klagenkonsumtion.[110]) Die Beseitigung der mit der litis contestatio verbundenen Konsumierung des klägerischen Anspruches machte das frühere Erfordernis der Kautionsstellung zwecks Ermöglichung einer Nachklage auf das

---

[106]) Mit Ausnahme der letzten Einschränkung, die aber künftighin der freien Entscheidung des Richters unterstellt wurde. (Sohm § 36 Note 5, vergl. ausserdem den Schlussabsatz des § 36.

[107]) Eingeführt wurde diese Einzelpfändung als Verfahren extra ordinem bereits unter Antoninus Pius unter der Bezeichnung eines pignus in causa judicati captum und bildete seit der späteren Kaiserzeit die regelmässige Vollstreckungsart. Dass die Ehre des judicatus hierbei unangetastet blieb, hatte darin seinen Grund, dass im Gegensatz zur bisherigen Methode der missio in bona eine Entsetzung vom Vermögen als Ganzem nicht eintrat (Francke S. 411; Sohm § 119 Schlussabsatz; Girard 1175/1176; v. Bethmann-Hollweg (röm. Zivilproz.) Bd. II § 115; Wenger (röm. Zivilproz.) § 22 II, 9.

[108]) Für diejenigen, die sich mit Erfolg der cessio bonorum bedient hatten, kam natürlich bloss die infamia facti in Betracht, deren Nachteile zu damaliger Zeit aber ungefähr denen der infamia juris gleichstanden.

[109]) Wünsch S. 61.

[110]) Hiermit verschwand die für das vorjustinianische Prozesssystem so eigenartige Erscheinungsform, nachdem schon lange vorher (Ende des 3. Jahrhunderts) die übrigen veralteten Normen des Formularprozesses den zeitgemässeren und weniger strengen Regeln des Extraordinarverfahrens hatten weichen müssen. (Girard S. 763 ff.; Keller § 59 ff.).

Residuum entbehrlich. Die ausstehende Restforderung konnte von nun an ohne ausdrückliches Nachleistungsversprechen eingeklagt werden.[111]) Aber trotzdem hielt man unter Justinian grundsätzlich weiter an der althergebrachten Uebung fest,[112]) offenbar aus dem Jnteresse beider Vertragsparteien heraus, das zwischen ihnen bestehengebliebene Obligationsverhältnis im Hinblick auf die Möglichkeit einer Wiederholungsklage genau festzulegen. Ob nun jene Kautionsformel tatsächlich ausgesprochen war oder nicht, jedenfalls trat die in ihr liegende einschränkende Bestimmung, wonach die Anstrengung einer zweiten actio auf das Residuum von einer wesentlichen Verbesserung der schuldnerischen Vermögensverhältnisse abhängig war (S. d. Abhdlg. 19), stets ohne weiteres in Kraft. Damit blieb also die bei weitem wichtigere Vergünstigung des Schenkers (im Vergleich zu dem oben bemerkten Verlust), die Sicherung vor neuer Erschütterung seiner Wirtschaftslage infolge vorzeitiger Einforderung der noch ungetilgten Restschuld nach wie vor in vollem Umfange fortbestehen.

Was die Art der ausstehenden Restverpflichtung anbelangt, so ist dieselbe von einigen in Hinsicht auf lg. 8 und 9 D. de cond. indeb. 12, 6 als eine unvollkommene Verbindlichkeit, als obligatio naturalis hingestellt worden. Aber der Umstand, dass sie in vollem Masse klagbar war, wenn auch die Erhebung der Klage von einer gewissen Voraussetzung abhing, weist darauf hin, dass wir in ihr eine voll zu Recht bestehende Verbindlichkeit, eine regelrechte obligatio civilis zu erblicken haben. Es ist daher Windscheid (II § 268 Note 11) zuzustimmen, wenn er sagt: „Die Rechtswohltat affiziert nicht den rechtlichen Bestand des Forderungsrechts, sondern schiebt nur die Vollstreckbarkeit desselben oder die volle Vollstreckbarkeit einstweilen hinaus".[113])

Es mag noch erwähnt werden, dass die ausschliesslich dem Schenker zustehende Befugnis, die Fremdschulden abzuziehen, diesem ungeschmälert erhalten blieb, wenngleich die Tatsache weniger ins Gewicht fiel, da jenem Vorzugsrecht keineswegs die Bedeutung innewohnte, die den anderen vorhin erörterten zukam.

Auf Grund der gemachten Darlegungen gewinnen wir die Anschauung, dass der übrige Jnhalt des Schenkerprivilegs in seiner Gesamtheit besonders wegen seines Schutzes vor dem das Rechts-

---

[111]) Ob diese Möglichkeit bereits früher gegeben war, bleibt zweifelhaft. Jedenfalls kann aber die von Diokletian und Maximian herrührende lx. 8 Cod. sol. matr. 5, 18 nicht als Beleg für eine etwaige schon damals geltende Entbehrlichkeit der Kaution betrachtet werden. Vergl. hierzu: Francke S. 426/27 und bes. Altmann S. 25.

[112]) lx. un § 7 Cod. de rei. ux. act. 5, 13.

[113]) Altmann S. 26/27; Wünsch S. 62.

und Wirtschaftsleben immer noch sehr beeinträchtigenden Strafwirkungen der Personalhaft und der Infamie selbst zur Zeit des Erlasses der justinianischen Kompilation nicht zu unterschätzende Vorteile bot. Hiergegen konnte das beschränkte Recht der deductio ne egeat auch unter den veränderten Verhältnissen nicht aufkommen. Die innerhalb des genannten Sonderrechts stattgefundene Verschiebung war nicht derart, dass sie eine Umgestaltung ihrer bisherigen Grundbedeutung herbeizuführen vermochte. Vielmehr blieb diese nach wie vor in der Beschränkung der Verurteilung auf den Bestand des zur Zeit der Kondemnation vorhandenen Vermögens fortbestehen. Hiernach fällt die Behauptung der herrschenden Meinung, dass die lx. 173 eine völlige Umbildung des beneficium condemnationis hervorgerufen habe, völlig in sich zusammen. Die Fassung der lex darf nicht überraschen. Betreffendes Gesetz bezweckt nicht „die Natur der Rechtswohltat zu erklären", wie Holtius (S. 93) sich allgemein ausdrückt, sondern es will lediglich an eine „beigefügte Begünstigung erinnern". Aber in Wirklichkeit bot die Beifügung dem Schenker nichts Neues; denn die hier erwähnte stand jenem in dem beschränkten Verbleib von Vermögensmitteln schon seit dem beginnenden 3. Jahrhundert zu. Obige Vorschrift stellt somit für das beneficium donatoris nicht einmal eine Erweiterung dar. Nur insofern ist sie für dieses von Wichtigkeit, als in ihr das, was die Juristen Pomponius und Paulus als geltende Meinung dem Schenker zuerst zugesprochen, und dann die Gerichte durch fortgesetzte Uebung weiter gepflegt haben, hier seinen gesetzlichen Niederschlag gefunden hat. Aus dem bislang gewohnheitsmässig geltenden Recht wurde eine durch Satzung festgelegte Norm geschaffen.

Was für den Bestand der Schenkerwohltat zutrifft, gilt grösstenteils nicht minder für die sonstigen Geltungsfälle. L. 173 übte auch auf diese nicht die von der Alimententheorie behauptete umgestaltende Wirkung aus,[114]) sondern brachte ihnen lediglich eine inhaltliche Ausdehnung, deren Ausmass mit dem Notbedarfsrecht des Schenkers übereinstimmte und oben des näheren umgrenzt ist. Hierdurch wurde jedoch deren eigentliches Wesen nicht verändert, die alte grundlegende Bedeutung der Verurteilung auf das gegenwärtige Vermögen behielten dieselben gleichfalls weiterhin bei.[115]) Aber auch die Einheitlichkeit des Instituts als Ganzes blieb bei

[114]) Sogar Dernburg (Preuss. Privatr. Bd. II, § 110 Abs. 1) sieht in dem Belassen des Notbedarfs, trotzdem er bei ihm einen grösseren Umfang annimmt, nur etwas Akzessorisches.

[115]) Hierzu Holtius S. 91, 93 und 95, ferner Wünsch S. 59—61 und S. 13.

ihnen durchaus gewahrt. Die von v. Vangerow und seinen Anhängern (vergl. S. d. Abhdlg. 32) auf jene Zeit angewandte Konstruierung eines doppelten Beneficium betreffs sämtlicher Kompetenzfälle muss abgelehnt werden. Schon der einfache Wortlaut der hierauf bezüglichen Bestimmung schliesst eine Scheidung in zwei selbständige, einander gleichstehende Privilegien ohne weiteres aus. Für die von Zipperling (vergl. S. d. Abhdlg. 33) herrührende Annahme einer materiell-rechtlich (dagegen nicht prozessual) in Erscheinung tretenden Doppelnatur der Rechtswohltat ist ebenfalls kein Raum vorhanden.

Aus vorstehenden Ausführungen ergibt sich, dass das beneficium donatoris infolge des Fortschritts in der Entwicklung der allgemein geltenden Rechtsbedingungen in der justinianischen und der ihm kurz vorhergehenden Zeit an bestehendem Einflusse einigermassen eingebüsst hat. Der Verlust an innerem Gehalt wurde aber zu einem Teil wieder wettgemacht durch die Hebung seiner Bedeutung auf Grund der mit der Häufung der Schenkungen zusammenhängenden vermehrten Jnanspruchnahme. Seitdem nämlich die veraltete lex Cincia mit ihren stark einschränkenden Bestimmungen ausser Gebrauch gekommen war, — der Zeitpunkt hierfür liegt nicht genau fest, jedenfalls erfolgte aber die Aufhebung noch vor Justinian — waren freigebige Zuwendungen in jeder Höhe unbeschränkt zulässig. Nur solche zwischen Ehegatten in ihrem Verhältnis zueinander blieben verboten[116]). Allerdings wurde schon unter Konstantius Chlorus, bezw. unter dessen Sohn Konstantin wieder eine neue, aber bei weitem nicht so hemmend wirkende Erschwerung eingeführt durch Aufstellung eines bestimmten Formerfordernisses. Künftighin war für sämtliche Schenkungen, einerlei, ob sie gleich vollzogen oder nur versprochen wurden, die Vornahme der sogenannten Jnsinuation vorgeschrieben, d. h. die Abgabe einer auf die Liberalität gerichteten Willenserklärung vor Gericht zwecks Protokollierung. Doch besass diese Bestimmung ausschliesslich deklaratorische und publizistische Bedeutung. Unter Theodos II und Valentinian III. erhielt sie indessen in der Hauptsache konstitutiven Charakter. Von da an war für alle Donationen bezüglich des die Höhe von 200 Solidi[117]) übersteigenden Mehrbetrags die Jnsinuation zwingendes Formerfordernis. Justinian setzte dann den modus von 200 Solidi auf 500 herab.[118])

---

[116]) Deren Nichtigkeit bestand bereits im klassischen Recht, aber unabhängig von der Lex Cincia.

[117]) Nach der Praxis des gemeinen deutschen Zivilrechts 500 Reichsdukaten bezw. $4666^2/_3$ ℳ gleichgesetzt.

[118]) Girard S. 1022 ff. und 1026 ff.; Sohm § 42, III, S. 228.

2. Jnhalt und Bedeutung des beneficium competentiae zugunsten des Schenkers in den auf den römischen Quellen fussenden Rechtsbildungen der nachrömischen Zeit bis zum Jnkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches.

§ 8.

a) Die literarische Wiedergeburt des Schenkerprivilegs unter den Glossatoren und Kommentatoren bei gleichzeitiger Umbildung seines Grundcharakters und seine Aufnahme in das gemeine Recht im Wege der allgemeinen Rezeption des Corpus juris Justiniani.

Jn dem auf Justinian folgenden Zeitraum trat in der Weiterentwicklung des beneficium donatoris (wie in der der übrigen Benefizien) entsprechend dem allgemeinen Niedergang der römischen Jurisprudenz im Zusammenhang mit dem unaufhaltsamen Verfall der politischen Macht des Reiches allem Anschein nach ein vollständiger Stillstand ein. Jedenfalls sind Aufzeichnungen über eine etwaige Fortbildung nicht auf uns gekommen. Unter den hierfür allein in Frage kommenden griechischen Bearbeitungen des Corpus juris im byzantinischen Reiche fand das Kondemnationsprivileg nur in den Basiliken, einer Kompilation des noch im 9. Jahrhundert geltenden Rechts Justinians, eine gewisse Beachtung (Buch 2, Ttl. 3, lx. 173 u. Buch IX, Ttl. 3, lx. 30). Erst seitdem die sogen. Glossatoren um 1100 eine Rechtsschule zur besonderen Pflege des justinianischen Gesetzeswerkes zu Bologna ins Leben gerufen hatten und dadurch die vernachlässigte römische Rechtswissenschaft einer neuen Blüte entgegenführten, hören wir wieder mehr von obigem Rechtsinstitut. Jedoch unterschied sich dasselbe ganz erheblich von dem Justinians. Bestand dort das eigentliche Wesen der Rechtswohltat in der Verurteilung auf den vorhandenen Vermögensbetrag, mithin in dem Schutze vor den Nachteilen der Zahlungsunfähigkeit, so lag hier das Charakteristische in dem Abzuge des weitgefassten Notbedarfs. Die Einschränkung der Realexekution war also fortan die Hauptsache, nicht mehr die Abwendung der Personalexekution[119]). Diese Auffassung bildete unverändert die herrschende kaum

---

[119]) Dargelegter Entwicklungsgang wird natürlich von den Anhängern der Alimententheorie (Francke, Altmann, Windscheid u. a.), nach deren Ansicht jene Umwandlung bereits im späteren römischen Recht eingetreten ist, abgelehnt.

einem Zweifel begegnende Lehre[120]) der nachfolgenden Jahrhunderte und ging mit der Rezeption[121]) der justinianischen Kodifikation in das damals neu entstehende gemeine Recht des Deutschen Reiches über.[122]) Ein späterer Jurist Hellfeld gibt uns in seiner Abhandlung (opusc. XXV dissertatio de benef. compet. § 1) folgende Definition des deutscherseits nunmehr in der Theorie wie Praxis anerkannten Benefizium (bezüglich aller Anwendungsfälle), die für die ganze betreffende Epoche typisch ist.

„Est enim competentiae beneficium, quod etiam deductionis privilegium vocant, jus singulare, certis competens personis, vi cujus non in solidum, sed in id, quantum salvis alimentis facere possunt, excuti queunt"[123]).

---

[120]) Der in der Glosse auftauchende Widerspruch, der auf die wahre Bedeutung der condemnatio in id, quod debitor facere potest, hinweist, wird schon an Ort und Stelle selbst widerrufen (vergl. Holtius S. 83; Text u. Note 2: Francke S. 390).

[121]) Die theoretische Rezeption, d. h. das Durchdringen der Anschauung, dass das römische Recht (nach gewisser Abänderung und Ergänzung) für die deutschen Verhältnisse passend sei und aus historischen Gründen Anspruch auf Geltung besitze, setzte bereits mit der Glossatorenzeit ein; die praktische dagegen, das ist die tatsächliche Einführung des modifizierten Römerrechts in die Rechtsprechung der deutschen Gerichte vollzog sich in der Hauptsache erst seit Mitte des 15. bis zu Anfang des 16. Jahrhunderts. — In diese letztere Zeit fällt übrigens auch das Aufkommen einer einheitlichen alle Einzelfälle der Rechtswohltat des Notbedarfs umfassenden Bezeichnung, der Name: „beneficium competentiae". (vergl. S. d. Abhlg. 4).

[122]) Das so geschaffene in allen deutschen Territorien geltende neue Pandektenrecht kam allerdings wegen seiner nur subsidiären Anwendung dort nicht in Frage, wo unzweifelhaft entgegenstehende partikulare Rechtsnormen in Kraft waren. In betreff obiger Doktrin war letzteres jedoch nicht der Fall. — Wie seitens Deutschlands wurde das ganze Institut des beneficium condemnationis zugleich mit der Rezeption des gesamten Corpus juris civilis von fast allen Staaten des südwestlichen Europas übernommen, soweit es dort nicht schon vorher vertreten war, was beispielsweise rücksichtlich der römisch sprechenden Bevölkerung Italiens zutraf. Die Rechtswohltat des Notbedarfs galt demnach spätestens gegen Ausgang des Mittelalters im ganzen Gebiet Italiens und Frankreichs, in Spanien, dem heutigen Belgien und den Niederlanden. Für Frankreich kam sie zu Beginn des 16. Jahrhunderts wieder in Wegfall, da sie hier wegen des umfassenden Ausbaues des denselben Zwecken dienenden Systems der Pfändungsbeschränkungen für entbehrlich erachtet wurde. (Weiteres hierüber Zipperling S. 61).

[123]) Denselben Standpunkt nehmen nach Hellfeld ein: Dabelow S. 506—516 und Goeschen Bd. II, 2. Abtlg. § 412. — Das bisher nur

Hinsichtlich des genaueren Umfangs der alimenta heisst es bei demselben Autor an anderer Stelle (§ 2): „Haec omnia, quae ad sustentationem vitae, dignitati et condicioni convenientem faciunt, complectuntur."

Jndessen gehen die Meinungen darüber, wie weit das zu belassende Quantum reichen soll, bei den neueren und neuesten Pandektisten im einzelnen auseinander. Während ein Teil von ihnen wie Francke (S. 388 und 390); Sintenis (gem. Zivilr. § 91 C), v. Vangerow (§ 174 Anm. 1) und neuerdings Windscheid (Pand. II, § 268) nebst Enneccerus (I § 345 insbes. I Abs. 3) dem Benefiziaten nur die notwendigen Subsistenzmittel behalten lassen will, tritt ein anderer Teil: Brinz[124]) (§ 286 Abs. 3), Dernburg[125]) (Pand. II § 314) und vielfach auch die Praxis der Gerichte[126]) in gleicher Weise wie Hellfeld für den Verbleib eines mehr standesmässigen Unterhalts ein. Zusammenfassend lässt sich sagen, dass im gemeinen Recht durchweg — von zeitweiligen Schwankungen abgesehen — dem privilegierten Schenker bei der Kondemnation ein Rückbehalt zugestanden wurde, soweit er zur Deckung der Lebensbedürfnisse des Betreffenden samt seiner Familie (Frau und Kindern)[127]) erforderlich war und bei dessen Berechnung die Lebensstellung des Berechtigten mit in Betracht gezogen wurde.

Andererseits hatte das, was die Römer stets als den Hauptvorzug ansahen, die Bewahrung vor der Personalhaft mitsamt der Jnfamie, wenigstens für den in Betracht kommenden spätmittelalterlichen und den unmittelbar anschliessenden Zeitabschnitt ihre Wirkung in keiner Weise eingebüsst, da die Vollstreckung gegen die Person des Schuldners noch immer in Uebung war. Sogar das unter Justinian fotgefallene System der privaten Schuldknechtschaft war in Anlehnung an das ältere germanische Recht von neuem aufgetaucht und wirkte sich in der gerichtlichen Ueberantwortung

---

dem Schenker zugestandene Vorrecht der deductio aeris alieni blieb, obwohl von Hellfeld nicht hervorgehoben, entsprechend allen Pandektenlehrbüchern weiterhin bestehen.

[124]) „Der Notbedarf ist analog der lx. 6 D. de cess. bon. 42, 3 zwar nicht nach standesmässigem Auskommen, aber doch nicht ohne Rücksicht auf die Person und die Lebensgewohnheit des Schuldners zu bemessen."

[125]) „Belassung der Mittel zu einer eingeschränkten, standesmässigen Existenz".

[126]) Z. B. das Urteil des O. A. G. zu Rostock räumt dem Kompetenzinhaber standesgemässen Unterhalt ein (vergl. Windscheid II, § 268 Note 1).

[127]) Unterholzner § 182, Abtlg. VI; Sintenis gem. Zivilr. § 91 Text und Note zu 49.

des zahlungsunfähigen Schuldners an seinen Gläubiger „zu Hand und Halfter" aus. Diese brutale Methode wurde jedoch mit der praktischen Einführung der römischen Rechtsbücher in eine Schuldhaft im öffentlichen Gefängnisse umgewandelt, welch letztere im Verlauf der Zeit durch partikularrechtliche Bestimmungen mehr und mehr eingeschränkt, schliesslich nur noch bei Wechselschulden zur Durchführung kam. Dementsprechend fand eine diesbezügliche Vorschrift (rigor cambialis) Aufnahme in die Allgemeine Deutsche Wechselordnung (letztere um die Mitte des 19. Jahrhunderts in den einzelnen Bundesstaaten eingeführt), wo dann der betreffende Artikel 2 durch die sogenannten Nürnberger Novellen I und II dahingehend ergänzt wurde, dass mit der Exekution gegen die Person zugleich eine solche in das Vermögen statthaft sei. Das Bundesgesetz vom 29. Mai 1868 betreffend die Aufhebung der Schuldhaft, durch § 2 des Gesetzes betreffend die Verfassung des Deutschen Reiches vom 16. April 1871 zum Reichsgesetz erklärt, brachte endlich die völlige Abschaffung der Personalhaft als selbständigen Vollstreckungsmittels. Von da an durfte kein Schuldner ohne Ausnahme, der wegen Vermögenslosigkeit seinen Verpflichtungen nachzukommen ausserstande war, dieserhalb in seiner persönlichen Freiheit mehr angetastet werden.[128])

Das Auffallende an der seit den Glossatoren in ganz veränderter Gestalt[129]) uns wieder begegnenden Rechtswohltat ist nun, dass — von dem einen Fall in der Glosse abgesehen — sämtliche

---

[128]) Nicht beseitigt wurde dagegen gemäss § 2 des genannten Gesetzes der persönliche Sicherheitsarrest, die Haftverhängung zu dem Zwecke, die gefährdete Durchführung des Prozessverfahrens bezw. der Zwangsvollstreckung in das Vermögen sicherzustellen. Vergl. Wetzell § 50 I, Text und Note zu 2a und I, 2.

[129]) Die im gemeinen Recht in Erscheinung tretende Umbildung des römischen beneficium condemnationis betraf aber nicht allein dessen Jnhalt, sondern auch die Reichweite seines Geltungsgebietes. Folgende Personen wurden mit obigem Privileg neu bedacht:

a) Die Geschwister im Verhältnis zueinander auf Grund der lx. 63 pr. D. pro socio 17, 2.
b) Der filius familias bezüglich des peculium castrense gemäss der lx. 7 D. de castr. pecul. 49, 17.
c) Den Soldaten enstprechend Geistliche als milites coelestis militiae sowie Adliche und Doktoren (militia spiritualis togata).
d) Ex jure tertii solche, die von einem andern unterstützt wurden inbetreff dieser Alimente, insbes. der Vater ex jure seiner Kinder, der Ehemann ex jure seiner Ehefrau und verschiedene andere nach Hellfeld opusc. § 14 ff.

(Vergl. Sintenis: gem. Zivilr. § 91 Note 70; v. Vangerow: § 174 Anm. 2; Altmann: S. 53—58; Windscheid: II, § 267 Note 13).

Jnterpreten vom 12. Jahrhundert angefangen bis zum beginnenden 19. sich des gewaltigen Unterschiedes zwischen dem römischen Jnstitut, dessen historischen Aufbau sie völlig verkannten, und dem Jnstitut ihrer Zeit gar nicht bewusst waren, sondern glaubten, letzteres entspreche durchaus den aus dem Corpus juris Justiniani sich ergebenden Richtlinien[130]). Erst mit dem Aufkommen der historischen Schule und dem damit einsetzenden intensiven Studium des reinen, von allem späteren Beiwerk der Glossatoren und Kommentatoren befreiten römischen Rechts wurde der Jrrtum durch die erfolgreichen, bereits von Hugo eingeleiteten Forschungsarbeiten Schoemans (S. d. Abhdlg. 12) aufgedeckt und auf die wahre Natur der condemnatio in id quod d. f. p. hingewiesen. Der Schoemansche Standpunkt fand nach Beseitigung der ihm anhaftenden Mängel trotz gelegentlichen heftigen Widerspruchs von gewisser Seite (Thibaut, Unterholzner: S. d. Abhlg. 13) bald allgemeine Anerkennung aber nur mit Geltung für den Urzustand des beneficium condemnationis; bezüglich dessen Zustandes nach Jnkrafttreten der in lx. 19 § 1 D. 42, 1 und lx. 30 eod. tit. enthaltenden Neurungen, vor allem aber nach Erlass der lx. 173 pr. D. 50, 17 hielt die herrschende Ansicht, die sogen. Alimententheorie, nach wie vor an der veränderten mit der gemeinrechtlichen Auffassung übereinstimmenden Bedeutung fest. Jnzwischen legte Holtius (S. 91/93 und 95), auf den gewonnenen Ergebnissen der Hugoschen und Schoemanschen Untersuchungen aufbauend, mit überzeugender Argumentation das unveränderte Fortbestehen des ursprünglichen Charakters obigen Ausnahmerechts nach der angeführten Erweiterung wegen der Geringfügigkeit des gewährten Abzugs dar. Doch wurde dessen Gedankenführung vielfach missverstanden, und so entstand die irrige Theorie des doppelten Benefizium von v. Vangerow und seinen Genossen (S. d. Abhdlg. 32). Erst in neuerer Zeit hat dann Wünsch[131]) die zunächst von Schoeman betretenen Pfade erfolgreich weiter beschritten und in eingehender Behandlung die Beweisführung von Holtius noch klarer und deutlicher herausgearbeitet. Die bisher von den meisten eingenommene gegenteilige oder doch völlig abweichende Stellungnahme ist damit ganz und gar unhaltbar geworden.

---

[130]) Jm Gegensatz zur Erweiterung des Jnhalts hat jedoch die ebenfalls auf unrichtiger Quellenauslegung beruhende Ausdehnung des Anwendungsgebiets niemals eine widerspruchslose Anerkennung gefunden und ist schliesslich im Laufe des 19. Jahrhunderts allseitig aufgegeben worden, soweit einzelne der geschaffenen Neubildungen nicht durch Uebergang in die Partikularrechte ihr Dasein gerettet haben.

[131]) S. 45/46 u. 59—61.

Jndessen hat die aufdämmernde, langsam vorwärtsschreitende Erkenntnis des eigentlichen Jnhalts des römischen beneficium condemnationis in seinen beiden Entwicklungsstadien, ganz im Gegensatz zu der revidierten Ausdehnung seines Geltungsgebiets auf die weitere Gestaltung des gemeinrechtlichen beneficium competentiae keinen ersichtlichen Einfluss auszuüben vermocht. Jenes Privileg blieb seinem Wesen nach und im grossen und ganzen auch seinem Jnhalt nach in der Form besetehen, in der Hellfeld es gekennzeichnet hat. Das Bewusstwerden der Jrrigkeit der durch die Glossatoren begründeten Lehre konnte also das Ergebnis nicht rückgängig machen, dass die von völlig falschen Voraussetzungen ausgehende jahrhundertelang ununterbrochen in der Theorie wie Praxis gepflegte Anschauung im Wege gewohnheitsmässiger Uebung rechtliche Gültigkeit erlangt hatte.

Allerdings lag eine Rückbildung des damaligen privilegium deductionis bei den inzwischen eingetretenen Aenderungen in den Rechtsanschauungen und -verhältnissen auch kaum im Bereiche der Möglichkeit, wenn die betreffende Einrichtung nicht Gefahr laufen sollte, schliesslich zur völligen Bedeutungslosigkeit herabzusinken. Dagegen ergibt sich aus den vorliegenden Tatsachen, dass in den Zeiten der Rezeption und darüber hinaus ein Erstehenlassen der condemnatio quatenus facultates patiuntur mit der ihm in Rom zukommendeen Bedeutung sehr wohl durchführbar gewesen wäre und deshalb eine mit den damaligen rechtlichen Zuständen etwa zusammenhängende Notwendigkeit zur Umwandlung des beneficium nicht gegeben war.

Wenn wir nunmehr nach den Gründen fragen, die zu der irrtümlichen Auffassung der Glossatoren und der Juristen des gemeinen Rechts führten, so haben wir diese in der falschen Jnterpretation der quellenmässigen Bestimmungen und letzten Endes in der mangelhaften Kenntnis der römischen Rechtsverhältnisse überhaupt zu suchen.

Da ist es zunächst die lx. 173 pr. D. 50, 17, deren Bedeutung man völlig überschätzte und in die man einen Jnhalt hineinlegte, der allenfalls bei Ausserachtlassung der Art der Entstehung und sonstiger Begleitumstände darin liegen könnte, der aber nachgewiesenermassen tatsächlich nicht darin zu finden ist. Die bezeichnete Jnterpolation kann nämlich nur richtig bewertet werden in Verbindung mit den übrigen das privilegium condemnationis behandelnden Stellen, aber für sich allein betrachtet und aus dem Zusammenhang herausgerissen, wie es die obengenannten Jnterpreten getan haben, musste sie notwendig zu einer abwegigen Vorstellung führen.

Als weitere Ursache ist die Verwechslung unseres Jnstituts mit der exceptio nisi bonis cesserit zu betrachten. Bei der Suche nach einer Erklärung über den Umfang der in lx. 173 pr. D. 50, 17 erwähnten deductio ne egeat stiess man auf die Bestimmungen über die Vergünstigungen der cessio bonorum, die bekanntlich (vergl. S. d. Abhdlg. 21 ff) sowohl die obige exceptio wie subsidiär das beneficium condemnationis im Gefolge hatte. Dabei sah man irrtümlicherweise — welche Täuschung aber nahelag und noch in verschiedenen neueren Pandektenlehrbüchern wie Brinz (Bd. II § 286, Note 18), Windscheid (II § 268 Note 1) und allem Anschein nach Dernburg (Pand. II, § 314 Note 2) zu finden ist — die Wirkungen der genannten Zessionseinrede als diejenigen der Rechtswohltat an. Auf Grund der dortigen Bemerkungen über die Zulässigkeit der Nachklage auf die Restschuld erst bei Neuerwerb von mehr als „alimenta cottidiana" oder eines „idoneum emolumentum" sprach man dem Gemeinschuldner bei Erhebung der Wiederholungsklage kraft seines beneficium den Verbleib des notwendigen Lebensbedarfs zu, während quellenmässig der betreffende Anspruch dem Berechtigten aus der exceptio nisi bonis cesserit zufliesst. Da nun der vorliegende Anwendungsfall nichts Ausnahmsweises an sich hatte, so übertrug man denn kurzerhand seinen Jnhalt auf alle anderen Geltungsfälle.[132])

§ 9.

b) Die Gestaltung des beneficium donatoris in den partikularen Gesetzgebungen.

Während das gemeine Recht der Einrichtung des beneficium donatoris wie dem ganzen Jnstitut der Rechtswohltat des Notbedarfs sehr wohlwollend gesinnt war, müssen wir in den seit der Mitte des 18. Jahrhunderts sich bildenden Landesgesetzgebungen der politisch erstarkten grösseren Territorien des Deutschen Reiches das gerade Gegenteil feststellen. Die hier in Erscheinung tretende Abneigung gegen jenes Sonderrecht ging sogar soweit, dass dasselbe in einigen Kodifikationen überhaupt nicht, in andern nur mit wesentlichen Einschränkungen oder doch unter verschärften Bedingungen Aufnahme gefunden hat.

So ist in dem Codex Maximilianeus Bavaricus civilis von 1756 der Schenkerkompetenz (ebenso sämtlicher übrigen Kompetenzfälle) gar keine Erwähnung geschehen. Dasselbe trifft hinsichtlich des Code civil von 1804 mit Geltung für die linksrheinischen und kleinere rechtsrheinische Gebietsteile zu, desgleichen für das badische Landrecht von 1809, eine amtliche Uebersetzung des Code civil

---

[132]) Näheres hierüber die eingehende Erörterung von Wünsch S. 66 ff.

und für das sächsische bürgerliche Gesetzbuch von 1863. Da auch in den Prozessordnungen der Kodifikationsländer ein entsprechender Vermerk nicht enthalten ist, so muss das beneficium donatoris in Anbetracht der mit jener Gesetzgebung regelmässig verbundenen Ausschaltung jedes anderen auch des gemeingültigen Rechts für die bezeichneten Einzelstaaten als beseitigt betrachtet werden mit Ausnahme von Bayern, für das die Bestimmungen des gemeinen Pandektenrechts weiter subsidiär anwendbar blieben.

Nicht ganz so ablehnend verhielt man sich in den Kodifikationen der beiden grössten Teilstaaten des Deutschen Reiches, in Oesterreich und Preussen. Auffallenderweise fand aber daselbst die Behandlung unseres Benefizium nicht in den betreffenden Zivilgesetzen satt, sondern in den prozessualen Vorschriften, als ob ein Exekutionsprivileg vorläge. Die österreichische allgemeine Gerichtsordnung von 1781 (33. Kapitel §§ 362 ff.) spricht jedem aus irgendeinem Akte der Liberalität Verpflichteten, also vorzugsweise dem Schenker die Kompetenz zu[133]), knüpft an deren Erwerb jedoch dieselben Bedingungen, von denen auch der Anspruch auf die Vergünstigungen der bonorum cessio abhängig war und bürdet damit dem Schuldner den schwierigen Nachweis des nicht verschuldeten Zahlungsunvermögens auf. Hierzu tritt die weitere einschränkende Vorschrift, dass die Zubilligung von Alimenten jedesmal dann zu verweigern sei, wenn der Schuldner in der Lage sein würde, durch seine eigene Arbeitskraft sich das zum Leben Notwendige selber zu verdienen. Für den Fall der Verleihung ist der Umfang der Kompetenz dahin festgelegt, dass sie die unentbehrliche Kleidung, das erforderliche Hausgerät und den unbedingt nötigen Unterhalt im Werte von 2—6 Groschen täglich für jede Person, alles für den privilegierten Schuldner, dessen Frau und seine unversorgten Kinder berechnet, umfassen sollte.[134]) Es liegt nahe, mit vorliegenden Bestimmungen den Jnhalt des später erlassenen § 947 des Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches für das Kaisertum Oesterreich von 1811, wonach der hinterher bedürftig gewordene Geschenkgeber von dem Beschenkten eine dem Werte der gemachten Schenkung entsprechende jährliche Rente zu beanspruchen berechtigt ist, in Zusammenhang zu bringen. Indessen besteht hier ein sehr wesentlicher Unterschied. Jn § 947 handelt es sich um eine selbständige Forderung auf Alimentation, die §§ 362 ff. A. G. O.

---

[133]) Ausserdem den nächsten Verwandten und der Ehefrau (§ 363 b, c und d der A. G. O.

[134]) Die genaue Festlegung des zu gewährenden Quantums für den Unterhalt gab man jedoch einige Jahrzehnte später wieder auf und stellte dieselbe dem Billigkeitsempfinden des Richters anheim.

stellen dagegen ein Einrederecht des verarmten Schuldners seinem Gläubiger gegenüber dar.

Uebereinstimmend mit dem österreichischen Recht ist auch im preussischen das beneficium donatoris in die Allgemeine Gerichtsordnung (für die preussischen Staaten von 1793), einer Umarbeitung des Corpus juris Fridericianum aus dem Jahre 1781, aufgenommen (Teil I, Titel 49).[135]) Seine Erlangung ist hier an die gleichen Voraussetzungen gebunden und denselben Erschwerungen unterworfen wie in der österreichischen A. G. O. Darüber hinaus ist die Gewährung der Kompetenz ausserdem dann ausgeschlossen, wenn der betroffene Gläubiger infolge des dadurch eintretenden Verlustes selber in wirtschaftliche Not geraten würde. Jnhaltlich stimmt das Benefizium besonders hinsichtlich des Umfanges der Alimente mit dem des gemeinen Rechts überein. Jm einzelnen ist die deductio ne egeat dahin präzisiert, dass sie in der „notdürftigen Kost, Wohnung, Kleidung und Gerätschaft für die Person des Gemeinschuldners samt seiner Familie bestehen solle (§ 15 Teil I, Titel 49 A. G. O.). Diese verhältnismässig günstige Einstellung unserer Rechtswohltat gegenüber vermissen wir aber in der Konkursordnung für die preussischen Staaten von 1855 (§§ 435—438) ganz und gar. Letztere schliesst obiges Schenkerprivileg gemäss Artikel II Abs. 2 Einführungsgesetz sogar ausdrücklich aus, wie es auch die sonstigen Kompetenzfälle nur insoweit berücksichtigt, als den in Frage kommenden Beneficiaten gegen ihre Gläubiger ein gesetzlicher Unterhaltsanspruch zusteht (den nächsten Verwandten und dem Ehegatten während der Ehe). Die auffallende Tatsache des vollständigen Wegfalls der Schenkerwohltat findet ihre Erklärung in der Bestimmung des § 1123 ff. Teil I Titel 11 Allgem. Landrecht für die preussischen Staaten von 1794, die in Verbindung mit andern später zu erörternden Umständen zweifellos zu der Meinung einer Entbehrlichkeit des genannten Sonderrechts geführt hat. Auf Grund jener Vorschrift besitzt der in Dürftigkeit geratene Geschenkgeber das Recht, von dem nicht bedürftigen Geschenknehmer 6% des Schenkungswertes als eine „Kompetenz" fürs Jahr zu fordern. Jndessen ist in dieser Vergünstigung trotz des verwendeten Ausdrucks „Kompetenz" entgegen der Auffassung von Dernburg[136]) und Crome[137]) kein Fall unseres Benefiziums zu erblicken. Vielmehr ist der § 1123 A. L. R. nicht anders zu bewerten als der ihm entsprechende § 947 des österreichi-

---

[135]) Ebenso sind in enger Anlehnung an den gemeinrechtlichen Standpunkt die bedeutendsten übrigen Kompetenzfälle des gemeinen Rechts in die A. G. O. übergegangen.

[136]) Preuss. Privatr. Bd. II, § 164, Abs. 4 u. B. G. B. II § 208, I.

[137]) Bd. II, § 231, Note 13.

schen bürgerlichen Gesetzbuches (S. d. Abhlg. 51). Hier so gut wie dort handelt es sich um einen selbständigen klagbaren Anspruch, der mit dem Einrederecht unserer Rechtswohltat nicht das geringste zu tun hat.[138])

Die Gründe für die äusserst stiefmütterliche Behandlung der Rechtswohltat des Notbedarfs in den Kodifikationen der genannten deutschen Länder liegen zunächst in der Ungunst der geistigen Strömungen, die zu jener Zeit vorherrschten. Damals machte sich nämlich eine immer mehr um sich greifende Gegnerschaft gegen alle Ausnahmebestimmungen und Sonderrechte bemerkbar, für die das ausgehende Mittelalter und die anschliessende Periode so empfänglich gewesen waren. Gemäss dem Leitsatz: Gleiches Recht für alle, setzte ein starker Abbau aller Privilegien ein, bei dem auch unsere Schenkerwohltat nicht verschont wurde.

Am abträglichsten für das beneficium competentiae war jedoch die mächtig einsetzende Ausbildung des damals noch wenig entwickelten Systems der Pfändungsbeschränkungen, des sogen. objektiven beneficium competentiae. Diesem Exekutionsprivileg, das bis dahin lediglich in einer Zurückstellung gewisser für die Ausübung des Berufs absolut notwendiger Sachen und der täglichen Kleider bestand, mithin einen bloss relativen Schutz gewährte, der versagte, wenn eine Befriedigung aus anderen Objekten nicht zu erlangen war, wurde jetzt in den Kodifikationen der bekannten Länder bei gleichzeitiger Vermehrung der res privilegiatae eine mehr ausschliessende Wirkung beigelegt.[139]) Die preussische All-

---

[138]) Vergl. Koch (Bd. I, § 1123, Note 83), Rehbein und Reincke (Bd. I, § 1123, Note 624) und Eccius (§ 113, Note 6). Vergl. zum Vorigen: Altmann S. 66 ff., (dessen Darlegungen allerdings einige Unrichtigkeiten und verschiedene Ungenauigkeiten aufweisen), ferner Zipperling S. 83 ff.

[139]) Wo die Anfänge dieses emporblühenden Jnstituts liegen, im römischen oder germanischen Recht, ist zweifelhaft, da sowohl hier wie dort Rechtsbildungen vorhanden sind, die wir als Vorbilder ansprechen können. Jm römischen Recht waren es einesteils die Bestimmungen über die pignoris capio, die eine Zurückstellung gewisser für die Erhaltung der Existenz des Schuldners unbedingt erforderlicher Vermögensstücke gestatteten, also eine Beschlagnahme nur in Ermangelung anderer eher zu entbehrender Gegenstände zuliessen (Wetzell § 50 S. 635), andernteils die Vorschriften über den Umfang der Generalhypothek, welche die zum täglichen Gebrauch benötigten Sachen (wie Kleidungsstücke und Hausgerät) von der Pfändung direkt ausschlossen.
Jn den germanischen Volksrechten, den leges barbarorum waren solche für die Wirtschaftsführung unentbehrliche Objekte, insbesondere landwirtschaftliche Betriebsmittel in Anbetracht der damali-

gemeine Gerichtsordnung von 1793 war die erste Gesetzgebung dieser Art, die anordnete, dass das erforderliche Handwerkszeug und die zum Betrieb der Landwirtschaft benötigten Wirtschaftsmittel (Teil I Titel 24 § 71), ferner ein begrenzter Teil des jährlichen Gehalts und Pensionsbezugs der Beamten und der diesen gleichstehenden Personen (Militärangehörigen und Geistlichen) der Beschlagnahme entzogen sein sollten (Teil I Titel 49 § 27 sowie die §§ 160—170 des Anhanges zur A. G. O. von 1815). Jn den Prozessordnungen der übrigen Teilstaaten ergingen ähnliche diesbezügliche Bestimmungen und selbst in den Gebietsteilen des gemeinen Rechts wurden einzelne Vollstreckungsbeschränkungen im Wege der Praxis eingeführt. Jm Laufe des 19. Jahrhunderts wurden dann die betreffenden Vorschriften allgemein weiter ausgebaut und ergänzt. Das abschliessende Ergebnis dieser Arbeiten war die Aufstellung eines absoluten Schuldnerschutzes. Jn den §§ 715 und 749 der Reichszivilprozessordnung vom 30. Januar 1877 (neuerdings

---

gen Hauptbeschäftigung der Bevölkerung dem Zugriff des betreibenden Gläubigers solange entzogen, als eine sonstige Befriedigungsmöglichkeit gegeben war. Seit dem 13. Jahrhundert machte sich das Bestreben geltend, dem Verurteilten die Mittel seiner wirtschaftlichen Basis nur mehr in Ausnahmefällen zu pfänden. Zum Schutze der Betriebsmittel gesellte sich jetzt auch der Schutz der Kleidung. Nach dem Einsetzen der praktischen Rezeption, der beginnenden Blütezeit des subjektiven beneficium competentiae trat jedoch in der Entwicklung ein vollständiger Stillstand, wenn nicht sogar eine rückläufige Bewegung ein, da von nun an die blosse Zurückstellung und nur eine solche, auch der notwendigsten Gebrauchsgegenstände, betont wurde (ganz im Gegensatz zu Frankreich, in dem das objektive beneficium competentiae eine teilweise direkt übertriebene Ausgestaltung erfuhr, während das subjektive benefic. compet. um diese Zeit völlig verschwand: S. d. Abhlg. 45, Fussnote 122). Eine Wendung hierin brachte erst die Zurückdrängung des gemeinen Pandektenrechts mit seiner Ueberbildung des subjektiven benefic. compet. durch Schaffung einheimischer das germanische Element mehr berücksichtigender Gesetzeswerke. (Vergl. hierzu die Ausführungen Altmanns S. 59—65, der in den einschränkenden Bestimmungen über die pignoris capio und über den Umfang der Generalhypothek im römischen Recht die Grundlage für die Entstehung des objektiven benefic. compet. erblickt, ferner die Zipperlings S. 65—76, der den Standpunkt vertritt, dass die spätere Entwicklung sich auf den Vollstreckungsmilderungen der germanischen Volksrechte aufbaue. Abzulehnen ist indes die Ansicht von Eccius: Holzendorffs Rechtslexikon Bd. I, S. 274, der Ursprung der modernen Exekutionsbeschränkungen sei auf die Rechtswohltat des Schuldners, qui bonis cessit, zurückzuführen).

in den §§ 811 und 850 Z. P. O. in mehrfach erweiterter Fassung), finden wir eine kasuistische Aufzählung von unbedingt unpfändbaren Sachen und Ansprüchen, soweit sie zur Befriedigung der direkt notwendigen Lebensbedürfnisse des Schuldners samt seiner Familie und zur Fortsetzung seiner Berufsbeschäftigung unentbehrlich sind. Durch die Zuweisung einer wenn auch in engem Rahmen gehaltenen Kompetenz an jeden Schuldner ohne Ausnahme kraft öffentlich-rechtlicher Vorschrift wurde unmittelbar ein ähnlicher Erfolg herbeigeführt wie durch die Verleihung der Rechtswohltat des Notbedarfs an einige wenige Begünstigte, nur mit dem Unterschied, dass bei letzterer, den besonderen Verhältnissen entsprechend, die zugestandene Vermögensbelassung eine umfassendere war. Unter diesen Umständen ist es verständlich, dass der Einfluss des subjektiven benef. compet. und darunter nicht zuletzt der des benefic. donatoris in fast demselben Masse sich verringerte, um das die Bedeutung der Pfändungsbeschränkungen zunahm.

Anderseits haben die in den §§ 715 und 749 getroffenen Neurungen entgegen der Annahme Wendts (S. 435/36) nicht vermocht, die Einrichtung der subjektiven Kompetenz praktisch wertlos zu machen, indem das, was bisher einigen wenigen zugestanden worden, nunmehr — von der deductio aeris alieni des Schenkers abgesehen — zur allgemeinen Regel erhoben sei. Ein Vergleich der beiden Jnstitute bezüglich der Reichweite ihrer Vergünstigungen ergibt die Unrichtigkeit der Wendtschen Ansicht.

Noch abwegiger ist die Behauptung Dernburgs[140]), durch die neue Vollstreckungsordnung sei die Rechtswohltat des Notbedarfs angesichts ihrer Eigenart als Exekutionsprivileg überhaupt beseitigt. Die erschöpfende Regelung der Pfändungsbeschränkungen und das völlige Schweigen über ein etwaiges Fortbestehen anderer Kompetenzfälle deute mit Notwendigkeit darauf hin. Jndessen ist der Grund für die Nichterwähnung entsprechend den Ausführungen in den Motiven zur Z. P. O.[141]) einzig und allein in dem materiellrechtlichen Charakter unseres Benefizium zu suchen, der eine Berücksichtigung in der erwähnten Gesetzesmaterie, die nur das prozessuale Verfahren regeln wollte und durfte, nicht gestattete.

---

[140]) Preuss. Privatr. Bd. II, § 110, Text und Note zu 5. Jn der 5. Aufl. seines Buches hält Dernburg die früher unbedingt ausgesprochene Meinung nur noch in stark eingeschränkter, allerdings sehr verklausulierter Form aufrecht.

[141]) S. 410 heisst es dort: „Von der im Jnteresse der Rechtseinheit wünschenswerten Aufhebung aller landesgesetzlichen Vorschriften über das benefic. compet. musste wegen des innigen Zusammenhanges mit den Jnstituten des materiellen Landrechts Abstand genommen werden.

Die Schaffung einheimischer Gesetzeswerke in den bekannten Territorien hatte zur Folge, dass die bis dahin einheitliche wegen Fehlens entgegenstehender landesrechtlicher Vorschriften für ganz Deutschland geltende Regelung des gemeinen Rechts über das Jnstitut der Rechtswohltat des Notbedarfs einer sehr unterschiedlichen Behandlung Platz machen musste. Einheitlich gestaltet war es, ausser in Bayern, nur noch dort, wo keine Kodifikation erfolgt war und daher das gemeine Pandektenrecht in Anwendung blieb, also in den kleinen Teilstaaten, in denen auch jetzt keine Bestimmungen abändernder oder ausschliessender Art im Wege partikularer Gesetzgebung erlassen wurden. Die allgemeine Zerrissenheit wurde erst wieder beseitigt, als man daran ging, ein umfassendes, für sämtliche Bundesstaaten des 1871 politisch wiedergeeinten Deutschen Reiches in gleicher Weise verbindliches bürgerliches Recht erstehen zu lassen.

Kapitel II.

§ 10.

Die juristische Natur der condemnatio in id quod donator facere potest an Hand der Quellen und deren Stellung im Rechtssystem.

Das beneficium donatoris erscheint in der römischen und gemeinrechtlichen Jurisprudenz als das Recht des privilegierten Schenkers, seinem Kläger gegenüber auf nicht mehr verurteilt zu werden, als ursprünglich auf den Betrag des vorhandenen Vermögens, seit Paulus auf den gegenwärtigen Vermögensbestand abzüglich der Fremdschulden und des notwendigsten Bedarfs für den Lebensunterhalt, seit dem späteren Mittelalter in quantum facere potuit salvis alimentis nach ebenfalls erfolgter deductio aeris alieni. Zwar lag in dieser Kondemnationsklausel keine Befreiung von dem ausgefallenen Teil der Forderungssumme, wohl aber wurde dadurch die Wirkung einer Stundung[1]) erzielt, da die Pflicht zur Nachleistung der Restschuld erst von dem Zeitpunkt ab an gegeben war, wo die wirtschaftlichen Verhältnisse des Schuldners eine bedeutsame Besserung aufwiesen.

---

[1]) Jnsofern besass die condemnatio in id quod debitor f. p. grosse Aehnlichkeit mit dem durch kaiserliches Reskript bezw. durch landesherrliche Verfügung verliehenen Generalmoratorium (vergl. S. d. Abhlg. 2, Fussn. 3).

Bezüglich der Stellung im Rechtssystem ist das römisch-gemeinrechtliche beneficium donatoris dem materiellen Recht einzuordnen, da seine Existenz den zivilrechtlichen Beziehungen entsprungen ist, die mittels der donatio zwischen der Person des Schenkers und der des Beschenkten angeknüpft sind. Es ist also weit davon entfernt, dem Prozessrecht, speziell der Vollstreckungsordnung anzugehören und ein Exekutionsprivileg darzustellen, wie Dernburg[2]) unter Heranziehung der lx. 8 D. de cond. indeb. 12, 6 behauptet.[3]) Wenn dieser seine Meinung damit begründet, dass die Rechtswohltat keine Minderung der Schuld hervorgerufen, sondern nur eine Hemmung ihrer Beitreibung nach sich gezogen habe, so ist dazu zu bemerken, dass dieselbe allerdings die Obligation an sich bei Bestand liess, dass sie aber auf das Mass der Vollstreckung keinen direkten Einfluss ausübte. Gewiss wurde durch die Herabsetzung der Urteilssumme auch eine entsprechende Beschränkung der Exekution herbeigeführt, aber diese Folge war doch erst die sekundäre, die nur ermöglicht wurde durch die Reduzierung des Kondemnationsbetrages und nicht als unmittelbarer Ausfluss der Wohltatswirkung in Erscheinung trat.

Die juristische Natur des beneficium donatoris kennzeichnet sich des näheren als ein jus singulare,[4]) also als ein Recht, dessen Entstehung ein besonderer Zweck zugrunde liegt (propter aliquam utilitatem introductum), und das im Widerspruch zu den allgemeinen Grundsätzen des regelmässigen Rechts (contra tenorem rationis), des jus commune steht. Während nämlich der debitor trotz unzureichenden Vermögensbestandes prinzipiell auf die volle Schuldsumme verurteilt wurde, war beim donator das Mass der Kondemnierung durch die Höhe seiner Leistungsfähigkeit bestimmt. Da diese Ausnahme von der allgemeinen Regel eine Vergünstigung enthielt, so stellte sie ein privilegium dar und zwar personae oder, was auf dasselbe hinauskommt, ein beneficium, welche beiden Aus-

---

[2]) Pand. II, § 314 Text u. oNte 3, sowie Preuss. Privatr. II, § 110, Note 5 (z. Schluss). Vergl. hierzu S. d. Abhlg. 1 Fussn. 2.

[3]) Die angeführte Bestimmung enthält jedoch keinerlei Anhaltspunkte hierfür. Näheres hierüber Altmann S. 12. Vergl. die den Dernburgschen Standpunkt schlagend widerlegenden Ausführungen Kohlers (Grünh. Zeitschr. Abhlg. I, S. 23). Die von v. Vangerow § 174 Anm 1) und Genossen vertretene Mittelmeinung, die im obigen Jnstitut von seiner ersten inhaltlichen Ausdehnung ab an ein teilweises Exekutionsprivileg erblickt, ist bereits früher widerlegt worden. S. d. Abhlg. 32.

[4]) Jus singulare est, quod contra tenorem rationis propter aliquam utilitatem auctoritate constituentium introductum est: lx. 16. D. de leg. 1, 3.

drücke denn auch in den Quellen übereinstimmend als Bezeichnung unseres Rechtsinstituts gebraucht werden.[5]) Der Umstand, dass letzteres nicht einem konkreten Einzelfall Rechnung trug, sondern für eine ganze Klasse von individuell unbestimmten Personen in Betracht kam, verlieh ihm einen generellen Charakter. Zu bemerken ist noch ,dass die Schenkerwohltat wegen der besonderen Verhältnisse, auf denen sie sich aufbaute, ein jus personalissimum bedeutete und deshalb nicht übertragbar war (tale beneficium personale est et cum persona extinguitur)[6]). Jnfolgedessen konnten die Bürgen und Erben auf dieselbe keinen Anspruch erheben.[7])

Kapitel III.

Die gerichtliche Geltendmachung des beneficium donatoris im römischen und gemeinen Recht.

1. Jm Rahmen der römischen Prozessordnungen.

§ 11.

a) Das Erscheinen des Schenkerprivilegs als eine eigentümlich geartete aber trotzdem wahre exceptio dilatoria.

Von besonderer Wichtigkeit für das römisch-gemeinrechtliche Kondemnationsprivileg des Schenkers war die Durchführung seiner gerichtlichen Geltendmachung. Jm römischen Prozess nahm sich die Vorschützung der Rechtswohltat, übereinstimmend bei sämtlichen Anwendungsfällen, als ein Gegenrecht des Beklagten, als eine exceptio dilatoria aus. Doch rief dieselbe, abweichend von ihrer normalen Wirkung, keinen vollständigen (natürlich bloss für vorübergehend berechneten) Freispruch des Schuldners und infolgedessen auch keine völlige Abweisung der zur Zeit erhobenen Klage hervor, sondern zog bei weniger weit reichendem Wirkungsfeld je nach der Notlage des Schenkers und der Reichweite seiner Verpflichtung nur eine mehr oder minder begrenzte

---

[5]) Z. B. in lx. 1 § 2 D. ad munic. 50, 1.

[6]) Lx. 13 D. sol .matr. 24, 3. Wenn diese Erklärung auch nur auf das Benefizium des ehemaligen Ehemanns Bezug nimmt, so gilt sie doch nicht minder für das des Schenkers.

[7]) Lx. 41 D. de re jud. 42, 1; hinsichtlich der übrigen Benefiziaten: lx. 63 § 1 u. 2 D. pro soc. 17, 2; lx. 12 D. sol. matr. 24, 3, lx. 23—25 D. de re jud. 42, 1; lx. 7 D. de except. 44, 1. Vergl. n. Windscheid ,II, § 268, Text u. Note 8; Wünsch S. 7—9.

Beschränkung der Verurteilung nach sich.[1]) Des weiteren bestand bei ihr die Besonderheit, dass sie entgegen den sonst bestehenden Vorschriften noch nach ergangenem Urteil vorgebracht werden konnte nämlich gegenüber der erhobenen Vollstreckungsklage, der actio judicati (lx. 33 pr. D. de don. 39, 5). Endlich zeigte sie auch darin eine gewisse Eigenart, dass ihre Vermerkung in der dem römischen Formularverfahren eigentümlichen Klagformel nicht wie sonst üblich unter der intentio, sondern unter der condemnatio eingetragen wurde.[2])

Angesicht dieser auffallenden Abweichungen von den allgemeinen Richtlinien ist es nicht zu verwundern, dass verschiedene dem Benefizium den Charakter einer eigentlichen exceptio ganz oder teilweise absprechen. So ist Sintenis[3]) der Ansicht, dass die condemnatio in quantum debitor f. p. weder als dilatorische noch peremtorische exceptio zu gelten habe ,sondern in ihr nur die „altrömische Formbenennung für ein Rechtsmoment" erblickt werden könne, welches als „Ursache von ebenso eigentümlicher Natur sei wie seine Wirkung".[4]) Aehnlich meint Altmann (S. 14 bis 17), die Rechtswohltat verdiene den Namen exceptio im „technischen Sinne" gar nicht und ihre Gleichstellung mit den sonstigen Einreden des materiellen Rechts sei lediglich „auf Zweckmässigkeitsgründe" zurückzuführen.[5]) Desgleichen äussert sich Girard (S. 1128), man habe es hier vielleicht mit einem besonderen „Nebenbestandteil" der Kondemnationsformel zu tun, nicht aber mit einer „wirklichen Einrede".

Jndessen können wir den angeführten Darlegungen nicht beipflichten, sondern sind in Anbetracht der gesamten Wirkungsweise und der ganzen Art der Geltendmachung des Kondemnationsprivilegs genötigt, in letzterem eine wahre exceptio zu sehen.[6]) Beim Abwägen der verschiedenen Gründe für und wider gewinnt doch die Auffassung die Oberhand, dass die aufgezählten Abweichungen, obwohl nicht unerheblich, schliesslich nur formaler Natur sind, die den eigentlichen Kern dessen, was die Exception eigentlich aus-

---

[1]) Girard S. 1127 oben.

[2]) Sintenis gem. Zivilr. § 91 Note 48 Mitte, Francke S. 395, Girard S. 1124 oben u. S. 1128 Note 1 unten.

[3]) Gem .Zivilr. § 91 Note 48 Mitte.

[4]) Vor Sintenis bestreitet schon Unterholzner (§ 181, b) das Vorliegen einer „förmlichen" exceptio.

[5]) Einen noch ablehnenderen Standpunkt nimmt Fischer (S. 463) ein.

[6]) Zustimmend Francke S. 389/90 und 397/98; ferner Windscheid II, § 268, bes. Note 5. Verneinend ausser den vorhin Genannten: Pernice S. 261 ff u. Wenger (röm. Zivilproz.) S. 148 N. 59.

macht, unberührt lassen. Dass auch die Römer von dieser Anschauung beseelt waren, geht mit aller Deutlichkeit aus verschiedenen Aufzeichnungen in den Quellen hervor, in denen das beneficium condemnationis ausdrücklich als Einrede charakterisiert wird.[7]) Besonders ist es Paulus, der sich jener Bezeichnung des öfteren bedient und in lx. 22 D. de except. 44, 1 die exceptio in einer Weise definiert, die vollständig mit der prozessualen Wirkung der Rechtswohltat übereinstimmt, wenn er sagt:
„Exceptio est conditio, quae modo eximit reum damnatione, modo minuit damnationem".[8])

§ 12.

b) Die unterschiedliche Art und Wirkung der Vorschützung des beneficium donatoris in den Prozessformen des Formular- u. Kognitionsverfahrens.

Die prozessuale Behandlung des beneficium condemnationis betreffs des Schenkers war entsprechend der Gestaltung des römischen Prozesswesens in der Periode der klassischen und spätkaiserlichen Zeit verschieden. Besonders umständlich war sie im Anfange unter der Herrschaft des Formularprozesses[9]), der mit seiner Teilung der richterlichen Tätigkeit zwischen Jurisdiktionsmagistrat und geschworenem Spruchrichter und der dadurch herbeigeführten Scheidung in zwei scharf von einander getrennte Abschnitte (in jure und in judicio) ein sehr kompliziertes Verfahren darstellte[10]). Wie bei jeder Einrede war der Schenker bei Vermeidung der Exklusion genötigt, sich auf sein Gegenrecht schon in dem ersten als Vorverhandlung der Streitfeststellung dienenden Prozessabschnitt zu berufen. Denn nur bei rechtzeitiger und dazu ausdrücklicher Geltendmachung seitens des Angeklagten — eine Berücksichtigung von Amts wegen (ex officio) war gänzlich ausgeschlossen — konnte die notwendige Aufnahme in die formula, in das bei Beendigung des Vorverfahrens vom Magistrat abgefasste Schriftstück, das die Ernennung des judex und dessen Anweisung zur Verurteilung des Beklagten bezw. zur Klagabweisung des Antragstellers je nach dem Ergebnis der kommenden Untersuchung enthielt, zwecks Einschränkung des erteilten Befehls zur eventuellen Kondemnierung vor

---

[7]) So in lx. 41 pr. D. de re jud. 42, 1; lx. 33 D. d. nox. 46, 2; ferner in lx. 63 § 2 D. pro soc. 17, 2; lx. 17 § 1.

[8]) D. sol. matr. 24, 3 u. lx. 7 pr. D. de except. 44, 1. Abweichender Auffassung Pernice S. 262 ff.

[9]) Er bestand von etwa 130 v. Chr. bis gegen Ende des 3. Jahrhunderts nach Chr.

[10]) Wenger (röm. Zivilproz.) §§ 10/11 u. 13/14. Sohm § 109 nebst den §§ 111 bis 116, Girard S. 1087 ff.

sich gehen. Einem späteren Vorbringen wurde im Gegensatz zu den Einwendungen rechtsverhindernder oder rechtsvernichtender Tatsachen, deren Erhebung noch im zweiten Teil des Prozesses, in der Verhandlung vor dem Geschworenengericht mit endigender Streitentscheidung zulässig war, grundsätzlich keine Beachtung mehr zuteil.[11]) Dem Prätor, der regelmässig das Verfahren in jure leitete, lag nun die Aufgabe ob, die rechtliche Grundlage der vorgeschützten Rechtswohltat zu prüfen und im Falle der Begründung einen entsprechenden Vermerk in die oben gekennzeichnete Klagformel aufzunehmen.[12]) Wie bereits erwähnt (S. d. Abhlg. 59) erfolgte die Einfügung ausnahmsweise nicht unter der das Begehren des Klägers ausdrückenden intentio[13]), sondern unter der condemnatio[14]), dem Schlussteil der formula, der in dem Auftrag an den Richter bestand, je nach Vorliegen gewisser Tatsachen den Beklagten zu verurteilen oder freizusprechen. Die Fassung der prätorischen Formel bei der Schenkungsklage gestaltete sich etwa folgendermassen: „Titius judex esto. Si paret Numerium Negidium (Kläger) Aulo Agerio (Beklagten) centum dare oportere N. um. N. um, dumtaxat in id, quod facere potest, A. o. A. o. condemna, si non paret absolve."

Die zusätzliche Anbringung der Wohltatklausel wirkte als begrenzte Ausnahme vom Kondemnationsbefehl, als eine Beschränkung der richterlichen Kondemnationsbefugnis. Der zum judex ernannte Geschworene bezw. bei Mehrzahl das Geschworenenkolleg war gehalten, trotz Richtigkeit der intentio — eine solche war natürlich Voraussetzung zu jeder Verurteilung — nicht wie sonst auf die als rechtmässig festgestellte Forderung zu erkennen, sondern den Urteilsspruch dem Wortlaut der exceptio entsprechend auf id quod donator facere potuit, d. h. auf dessen im Zeitpunkt der

---

[11]) Girard S. 1124/25, Sohm § 117 Abs. 2.

[12]) Diese Zulassung war jedoch bei Vorliegen eines klägerischen Antrags auf Kautionsleistung, (der regelmässig gestellt wurde), ausserdem davon abhängig, dass der auf das beneficium Anspruch Erhebende sich zur eventuellen Nachzahlung des schuldigbleibenden Restbetrages bereit erklärte. (Vergl. S. d. Abhlg. 24 u.)

[13]) Intentio est ea pars formulae, qua actor desiderium suum concludit (Gajus Inst. IV § 41). Je nachdem der klägerische Anspruch sich auf einen genau bestimmten Gegenstand richtete oder nicht, haben wir es mit einer intentio certa oder incerta zu tun, die im 1. Falle mit: si paret, im 2. Falle mit: quidquid dari oportet begann.

[14]) Condemnatio est ea pars formulae, qua judici condemnandi absolvendive potestas permittitur (Gajus Inst. IV § 43). Ihre Formulierung fand sie regelmässig in den Worten: (si paret) condemna, si non paret, absolve.

Kondemnierung[15]) vorhandenes Vermögen zu richten[16]). Die Urteilsanweisung lautete demnach nicht auf eine bestimmte Summe, — was ja auch kein unbedingtes Erfordernis war — indessen war sie auch nicht gänzlich unbestimmt, eine condemnatio infinita, sondern als sogen. condemnatio cum taxatione[17]) lag sie in der Mitte zwischen diesen beiden Arten. Dem Richter war es anheimgegeben, das gegenwärtige Hab und Gut des Schenkers auf seinen genauen Geldwert abzuschätzen (litis aestimatio), um dann in Höhe des ermittelten Betrages das Urteil zu fällen.[18]) Letzteres musste nämlich, welches auch der Klageanspruch sein mochte, stets auf eine certa pecunia gerichtet sein. Abgesehen vom allerersten Entwicklungsstadium des beneficium donatoris wurde schon recht bald bei der Berechnung des Schenkervermögens dessen Nettovermögen zugrunde gelegt, also der Bestand, der sich nach Abzug der Passiven von den Aktiven ergab und nicht mehr das Bruttovermögen, wie es gegenüber allen andern Benefiziaten weiterhin gehandhabt wurde (S. d. Abhlg. 27). Indessen wurde das, was der donator in doloser Weise beiseite geschafft hatte, zu der Masse hinzugerechnet[19]).

Eine doppelte taxatio hatte der Richter vorzunehmen, als das Schenkerprivileg gemäss der in lx. 30 D. re jud. 42, 1 u. lx. 19 § 1 D. eod. tit. getroffenen Bestimmung eine Erweiterung erfuhr, wodurch die Wohltatseinrede eine Ergänzung und nähere Deutung im Sinne der Worte des Paulus in dem letztgenannten Gesetz: „Jmmo nec totum quod (debitor) habet extorquendum; sed et ipsius ratio habenda est, ne egeat" erhielt. Der Judex hatte von jetzt an nicht nur das Reinvermögen des Schenkers festzustellen, son-

---

[15]) Gemäss der lx. 63 § 6 D. pro soc. 17, 2 u. lx. 15 pr. D. sol. matr. 24, 3. Was hier vom socius u. maritus gesagt ist, gilt für alle Jnhaber der Rechtswohltat. Ebenso Windscheid II § 268, Note 3.

[16]) Sohm § 117.

[17]) Eine condemnatio cum taxatione finden wir sonst noch bei der actio de peculio vor, wo die Verurteilung ihre Grenze in der Höhe des peculium fand. Vergl. Girard S. 1128 Note 1.

[18]) Der judex hatte seinen Wahrspruch über das Streitverhältnis nach bestem Wissen und Gewissen (ex animi sententia) abzugeben.

[19]) L. 63 pr. u. § 7 D. pro soc. 17, 2; desgl. lx. 68 § 1 D. eod. u. lx. 18 § 1 D. sol. matr. 24, 3. Der hier meistenteils speziell zum Ausdruck gebrachte Gedanke ist allgemein auszulegen; gleicher Ansicht Windscheid II § 268 Text und Note 4. Handelte es sich bezüglich der Beiseiteschaffung um eine beachtliche Vermögensverkleinerung, und wurde der Betrug vorzeitig begangen und frühzeitig genug erkannt, so kam eine Bevorrechtigung überhaupt nicht in Frage (lx. 51 pr. D. de re jud. 42, 1).

dern auch dessen notwendigste Bedürfnisse fürs Leben nach freiem Ermessen abzuschätzen. Der Abzug des letzten Vermögenswertes vom ersten ergab alsdann die aufzuerlegende Kondemnationssumme.[20])

Hinsichtlich des dilatorischen Charakters unserer Einrede der Rechtswohltat ist noch zu bemerken, dass sich derselbe im Formularprozess wegen des damals herrschenden strengen Grundsatzes der Klagkonsumtion, der nach eingetretener litis contestatio, also nach Aushändigung der formula an den Kläger, eine erneute Erhebung derselben actio regelmässig ausschloss, gar nicht auswirken konnte. Es rief absolut keinen Unterschied hervor, ob die geltend gemachte Forderung durch eine exceptio dilatoria oder peremtoria zurückgewiesen war. Dass aber auch bei den Römern die Anschauung von einer nur aufschiebenden Gegenwirkung des privilegium condemnationis zu dieser Zeit schon lebendig war, erhellt aus der Tatsache, dass jene durch das eingeführte Mittel der cautio, des schuldnerischen Versprechens zur evtl. Nachleistung der Restschuld (S. d. Abhlg. 18) den rechtlichen Zustand herstellten, dessen Eintritt infolge des starren und das Rechtsempfinden hier offenbar verletzenden Prinzips der Anspruchskonsumierung verhindert worden war.[21])

Eine wesentliche Vereinfachung der prozessualen Behandlung des beneficium donatoris trat mit der Verdrängung des umständlichen Formularverfahrens durch den freier und einheitlicher gestalteten Extraordinarprozess ein. Allerdings vollzog sich diese Umbildung nicht mit einem Schlage, sondern ergab sich aus einer ganzen Reihe zeitlich weit auseinanderliegender Aenderungsmassnahmen.[22]) Ihren Abschluss fand die Entwicklung erst unter der Regierungszeit Diocletians (reg. von 284—305), speziell durch eine kaiserliche Konstitution aus dem Jahre 294, seitdem die bislang extra ordinem geführte cognitio endgültig als das ordentliche Zivilverfahren anzusehen war. Die neue Prozessart bedeutete gegenüber der vorigen eine völlige Umgestaltung bezüglich ihres gesamten Aufbaues. Die bisher übliche Trennung des Verfahrens in zwei für sich abgeschlossene Abschnitte verschwand vollkommen. Die

---

[20]) Vergl. hierzu und zum Vorhergehenden: Altmann S. 19 und Wünsch S. 63/64.

[21]) Francke S. 402, 425 und 400, Sohm § 117 (Schlussabsatz) Girard S. 1126.

[22]) Der Werdegang der sogen. cognitio extraordinaria zieht sich durch Jahrhunderte hindurch. Ihre Anfänge reichen bis in die Zeiten der Republik hinein, wo ihr solche Rechtsstreitigkeiten zur Aburteilung unterliegen, die nicht vor die ordentlichen Gerichte gehören. In der Kaiserzeit gelangen dann in zunehmendem Masse auch die gewöhnlichen Prozessachen vor ihr Forum.

ganze Verhandlung spielte sich jetzt in jure vor dem Magistrat ab, dem nunmehrigen einzigen Gerichtsorgan, das auch die früher von den Geschworenen vorgenommene Untersuchung leitete und ebenso an ihrer Stelle die Entscheidung fällte, unbeengt durch die Schranken der formula, die vollständig wegfiel.[23]) Während nun die peremtorischen Einreden im Gegensatz zu vordem noch bis zur Urteilsfällung vorgebracht werden konnten, musste die Berufung auf die Rechtswohltat als dilatorisches Gegenrecht bei Vermeidung des Ausschlusses bereits bis zum Schluss des ersten Verhandlungstermins erfolgt sein[24]). Die Abschaffung des bislang bestehenden Grundsatzes der Geldkondemnation (omnis condemnatio pecuniaria est) durch die Einführung der Naturalbefriedigung vermochte sich beim privilegierten Schenker in Anbetracht seiner unzureichenden Leistungsfähigkeit höchstens teilweise auszuwirken. Für ihn blieb es praktisch zumeist weiterhin bei der Methode der Geldschätzung hinsichtlich der Feststellung seines Reinvermögens und des Notbedarfs, allerdings mit dem Unterschiede, dass diese Aufgabe fortab dem Magistrat zugeteilt war.[25])

Von grosser Wichtigkeit für die weitere Entwicklung des römischen Prozesswesens war die Aufhebung der mit der litis contestatio verknüpften prozessualen Konsumtion des geltend gemachten Anspruches. Jndessen trat dieselbe erst unter Justinian in Erscheinung. Als Folge der Neurung ergab sich die Statthaftigkeit einer erneuten Klage, wenn eine solche erstmalig auf Grund einer dilatorischen Einrede, also auch infolge Vorbringens unserer Rechtswohltat abgewiesen war. Die bisherige exceptio rei in judicium deductae stand ihr ja nicht mehr im Wege.[26]) Ebensowenig konnte ihr die

---

[23]) Hand in Hand mit dieser äusseren Reform ging eine solche grundlegender Normen des Prozesses vor sich. Der Selbstbetrieb der Parteien musste dem Offizialbetrieb weichen, die Oeffentlichkeit wurde grösstenteils ausgeschaltet und die aufkommende Schriftlichkeit des Verfahrens drängte das bis dahin aussschliesslich mündliche System immer mehr zurück.

[24]) Dieser Zeitpunkt wurde ausserdem dadurch bedeutsam, dass er nach Fortfall der Klagformel, mit deren Ausstellung die Litiskontestation verbunden war, als Moment der Streitbefestigung in Betracht kam. Jedoch übte diese Umstellung auf die der litis contestatio anhaftende konsumtive Prozesswirkung keinen Einfluss aus.

[25]) Sohm §§ 120 I u. 121, Girard S. 1163 ff.; — Seit Justinian griff gemäss der lx. 173 D. 50, 17 die Bemessung der deductio ne egeat gleichmässig für alle Benefiziaten Platz, dagegen kam die Berechnung des Reinvermögens nur dem Schenker zugute, dem allein die deductio aeris alieni fernerhin zustand.

[26]) An ihre Stelle trat, aber mit anderer Wirkung, die exceptio litis pendentis (Einrede der Rechtshängigkeit.)

exceptio rei judicatae[27]) entgegengesetzt werden, da im vorliegenden Falle über den erhobenen Anspruch als solchen wegen mangelnder Fälligkeit in der ersten Prozessführung entweder überhaupt keine oder doch nur eine teilweise Entscheidung getroffen war. Angesichts der veränderten Rechtsverhältnisse war danach dem aus einem Schenkungsversprechen Berechtigten die Möglichkeit gegeben, ohne vorausgegangene Kaution eine Nachklage auf die ausstehende Restforderung anzustrengen. Zugunsten des Verpflichteten war indes die Wiederholungsklage nur unter denselben Voraussetzungen zulässig, unter denen sie früher auf Grund eines ausdrücklichen Nachleistungsversprechens erfolgen durfte, mithin nicht schon nach irgendwelchem Erwerb des Schuldners, sondern erst bei erheblicher Besserung seiner Wirtschaftslage.[28])

Ein besonderes charakteristisches Gepräge erhielt das beneficium condemnationis dadurch, dass seine Vorschützung ausser im Laufe des ordnungsmässigen Prozesses auch noch in der Exekutionsinstanz erfolgen konnte, nämlich gegenüber der actio judicati, der nach gefälltem Urteil erhobenen und die Vollstreckung einleitenden Klage lx. 33 pr. D. de don. 39, 5 u. lx. 41 § 2 D. de re jud. 42, 1 vergl. S. d. Abhlg. 59[29]). Es gewinnt allerdings den Anschein, dass die erste Art der Geltendmachung die regelmässigere war, dass aber entgegen Altmann (S. 20/21) und Fischer (S. 470) die nachträgliche Berufung[30]) an besondere Bedingungen nicht geknüpft war.

Der Einredenatur der römischen Rechtswohltat entsprach es, dass dieselbe nicht klageweise geltend gemacht werden konnte. Hieraus erklärt sich auch die Unmöglichkeit, bei bereits erfolgter Bezahlung der Schuld den geleisteten Betrag ganz oder teilweise zurück-

---

)[27] Mit der konsumierenden Wirkung der Litiskontestation wurde auch, entgegen der Ansicht verschiedener, die des Urteils beseitigt. Infolgedessen haftete der exceptio rei judicatae nicht mehr die ihr bislang innewohnende sogen. negative Funktion an: Windscheid I, § 130 Text u. Noten 22a ff., besonders 24a u. die dort Genannten.

[28]) Wenger (röm. Zivilproz.) S. 279.

[29]) Was für den Schenker galt, traf in gleicher Weise für die anderen Beneficiaten zu nach lx. 5 pr. D. quod cum 14, 5 u. lx. 17 § 2 D. sol. matr. 24, 3 vergl. Windscheid II, § 268 Text und Note 6, Dernburg Pand. II, § 314 Text zur Note 7, Heilfron BGB. II § 19 Note 2, Francke S. 389.

[30]) Entgegen Dernburg (Pand. II § 314 Note 6), der abweichender Ansicht ist, muss angenommen werden, dass in diesem Falle für die richterliche taxatio naturgemäss der im Zeitpunkt der Vollstrekkung und nicht der zur Zeit des Urteils vorhandene Vermögenszustand in Frage kam. Entsprechend Windscheid II, § 268 Text und Note 3, ausserdem Fischer S. 468 Note 1.

zuverlangen, wie sich aus den lg. 8 und 9 D. de cond. indeb. 12, 6 ergibt. Es war sogar unzulässig, einer im Wege der exceptio vorgebrachten Gegenforderung aus einem Schenkungsversprechen das privilegium condemnationis als Replik (exceptio exceptionis) entgegenzusetzen, denn die bestimmungsgemässe Aufgabe genannten Vorzugsrechts erschöpfte sich im Prozess darin, gegen einen „klageweisen Angriff zu schützen, nicht aber, um die Verteidigung des klageweise angegriffenen Gegners zu entkräften."[31])

2. Die gerichtliche Geltendmachung des beneficium donatoris im Rahmen der nachrömischen auf der Grundlage der justinianischen Kodifikation aufgebauten Prozessordnungen.

§ 13.

a) Die unzutreffende Beurteilung der prozessualen Bedeutung des beneficium competentiae unter der Glosse und besonders unter der Herrschaft des gemeinen Rechts.

In der nachrömischen Zeit hören wir nach ungefähr halbtausendjähriger Ruhepause erst unter der Glosse, dem Beginn eines eigentlichen Quellenstudiums, wieder Näheres über die prozessuale Bedeutung des beneficium competentiae. Die dort zutage getretene Anschauungsweise war jedoch von der römischen sehr verschieden und hat im Laufe der folgenden Jahrhunderte, der unterschiedlichen Beurteilung entsprechend, die man jeweils dem Begriff der Exceptionen entgegenbrachte, des öfteren gewechselt. Bei der wirren und unklaren Vorstellung, die die ältesten und späteren Bearbeiter der justinianischen Kompilation angesichts des Mangels an historischer Forschung über die römischen Rechtsinstitute überhaupt hatten, griffen diese auch fehl in der Definierung der exceptio, indem sie darunter jedwedes Vorbringen des Beklagten gegen die Klage zum Zwecke der Verteidigung, also die gesamten gegnerischen Einwendungen verstanden. Unter diesen Verhältnissen konnte man nicht in Verlegenheit geraten, das beneficium anders als eine exceptio zu bezeichnen. Schwierigkeiten bereitete indessen die Frage, zu welcher von beiden Arten des genannten Verteidigungsmittels nun letzteres zu rechnen sei, ob zu der dilatorischen oder peremtorischen. Der Umstand, dass die Vorschützung dieses Gegenrechts noch in der Exekutionsinstanz zulässig war, brachte die herrschende Meinung dahin, dasselbe in völliger Verkennung seiner wahren Wir-

[31]) Altmann S. 13; Seufferts Arch. Bd.XXII, No. 111; Sintenis gem. Zivilr. § 91 S. 164 bes. Note 56; Windscheid II § 268 Text und Note 7, ausserdem Note 4a.

kungsweise mit denjenigen peremtorischen Exceptionen auf die gleiche Stufe zu stellen, die ebenfalls noch nach gefälltem Endurteil vorgebracht werden konnten.

Aber schon unter den Nachfolgern der Glossatoren wurde die bis dahin übliche Einteilung der Exceptionen in die beiden bekannten Gruppen meistenteils fallen gelassen und nunmehr zwischen exceptiones juris sive actionis und solchen facti sive intentionis unterschieden. Während zu der ersten Klasse die eigentlichen römischen Exceptionen (quae rem ope exceptionis perimunt) zählten, brachte man unter die letzte diejenigen, quae rem ipso jure perimunt, also alle rechtshindernden und rechtvernichtenden Tatsachen und darunter sonderbarerweise auch unsere Rechtswohltat. Der Grund zu dieser auffallenden Eingruppierung lag wieder in der Ueberschätzung der nachträglichen Berufungsmöglichkeit auf jenes Gegenrecht, das diesen Vorzug mit den letztgenannten Einwendungen gemein hatte und worin das hauptsächlichste Unterscheidungsmerkmal erblickt wurde.

Diese Auffassung ging in der Periode des endenden Mittelalters zugleich mit der Rezeption des durch die Kommentierungen der Postglossatoren und durch sonstige Neurungen umgestalteten Prozessrechts Justinians in den gemeinen deutschen Zivilprozess über und erhielt sich dort bis in die 2. Hälfte des 17. Jahrhunderts hinein. Alsdann aber begann man, die Scheidung der Exceptionen in juris und facti wiederaufzugeben und auf die frühere Einteilung in dilatorische und peremtorische zurückzugreifen, die ausserdem um zwei weitere Gruppen, gemischte und privilegierte vermehrt wurden. Indessen herrschte über die begriffliche Bedeutung der vier Exceptionsarten keineswegs Klarheit, noch weniger aber über deren genaue Abgrenzung voneinander, und so konnte es bei dem bestehenden Wirrwarr nicht verwundern, dass die Kompetenzbildung bald dieser bald jener Gattung zugezählt wurde, je nachdem man die eine oder andere Eigenschaft als das entscheidende Merkmal ansah. Erst mit der Eröffnung der historischen Schule griff dank der unausgesetzten Forschungsarbeit allmählich eine der römischen Auffassung sich nähernde Erkenntnis des wahren Wesens der exceptio Platz und damit ging Hand in Hand gleichzeitig eine jenem Standpunkt entsprechende und den tatsächlichen Verhältnissen gerechter werdende Beurteilung der prozessualen Auswirkung des beneficium competentiae, bei dem die materiell-rechtlich in Erscheinung getretene Umgestaltung seines inneren Aufbaues infolge der vorgenommenen Erweiterung der deductio ne egeat prozessual keine Aenderung seiner alten Bedeutung als exceptio dilatoria hervorgerufen hatte. Das Ergebnis war, dass die neuere Literatur sich fast ausnahmslos auf den Standpunkt stellte, dass genanntes Privileg

als rein verzögerliche, dem klägerischen Anspruch bloss auf gewisse Zeit entgegenstehende Einrede anzusehen sei.[32])

§ 14.

b) Die Einschränkung der nachträglichen Vorschützungsmöglichkeit des privilegium competentiae durch die §§ 37 und 78 des Jüngsten Reichsabschiedes von 1654 sowie durch § 686 der Reichszivilprozessordnung vom 30. Januar 1877.

Die in der römischen Prozessführung sich eigenartig ausnehmende Möglichkeit, das Kondemnationsprivileg ausser im ordentlichen Prozessgang in gleich zulässiger Weise in der Exekutionsinstanz geltend zu machen,[33]) erfuhr unter der Herrschaft des Usus modernus Pandectarum eine zweimalige Einschränkung. Um der übermässigen Betonung jener römischen Eigentümlichkeit entgegenzutreten und zugleich klare Verhältnisse zu schaffen, verfügte der Jüngste Reichsabschied von 1654, dass künftighin eine nachträgliche Vorschützung bloss noch ausnahmsweise statthaft sei. Jm einzelnen schrieb § 37 und in Ergänzung § 78 des betreffenden reichsgesetzlichen Erlasses die Erhebung aller gegnerischen Gegenbehauptungen bei Strafe der Präklusion grundsätzlich für den Lauf des ordnungsmässigen Verfahrens und zwar für den Zeitpunkt der Litiskontestation[34]) vor; eine spätere Berücksichtigung, insbesondere nach gefälltem Endurteil, sollte nur dann in Frage kommen, wenn „Beklagter seines neuen Einbringens vorher nicht Wissenschaft gehabt, sondern erst in Erfahrung gebracht hätte."

Die so geschaffene Regelung blieb Richtschnur für die folgenden Jahrhunderte. Hierin brachte auch die partikulare Gesetzgebung, die bekanntlich innerhalb ihres Territoriums vor den Nor-

---

[32]) Vergl. Albrecht 3. u. 4. Buch, Wetzell § 17, Francke S. 389, Altmann S. 45 ff., weiter die zum Teil abweichenden Darlegungen von Bethmann-Hollweg § 122 und von Sintenis (prozess. Natur des benefic. compet. § 6 S. 386 und ff.).

[33]) Jhre Wahrnehmung vollzog sich jetzt aber nicht mehr wie im römischen Recht gegenüber der die Vollstreckung einleitenden actio judicati, die übrigens durch den einfachen Antrag des Gläubigers beim Prozessgericht (imploratio judicis) ersetzt worden war, sondern mittels Erhebung einer selbständigen Klage beim Prozessgericht 1. Jnstanz.

[34]) Als solche war damals angesichts des gerade eingeführten Prinzips der vollständigen Schriftlichkeit für die ganze Prozessführung die Einreichung der Antworterklärung des Beklagten zu Gericht auf die ihm übersandte Klagschrift anzusehen.

men des gemeinen Pandektenrechts den Vorrang besass, keine Abänderung, wie diese überhaupt in den Prozessgang der gerichtlichen Geltendmachung des beneficium nirgendwo bemerkenswert eingegriffen hat. Denn dort, wo sie die Behandlung von nur einzelnen Rechtsinstituten in die Hand nahm, liess sie die Einrichtung des privilegium competentiae in jeder Hinsicht ausser acht, soweit sie aber in ihren Landesgesetzgebungen ganze Rechtsmaterien neu regelte, (S. d. Abhlg. 50), schloss sie sich durchweg der herrschenden gemeinrechtlichen Praxis an. Dies trifft für die österreichische und preussische Allgemeine Gerichtsordnung in gleichem Masse zu wie für die Prozessgesetze in den übrigen Kodifikationsländern.[35])

Erst die Einführung der Reichszivilprozessordnung vom 30. Januar 1877 (in Kraft seit dem 1. Oktober 1879) schuf unter dem § 686 eine abermalige Einschränkung der nachträglichen Vorschützungsmöglichkeit unserer Rechtswohltat. Betreffende Vorschrift erklärte nämlich die Berufung auf jenen Rechtsbehelf (wie auf sämtliche materiellrechtliche Einwendungen überhaupt) in der Exekutionsinstanz nur noch insofern für statthaft, als der dasselbe zur Entstehung gebrachte Umstand — in unserem Falle katastrophale Vermögensverschlechterung — erst nach Urteilsfällung, genauer nach dem Schlusse derjenigen mündlichen Verhandlung, in welcher Einwendungen gemäss den Bestimmungen der Z. P. O. spätestens vorgebracht werden mussten, also nach der letzten mündlichen Verhandlung vor Erlass des Endurteils, eingetreten war und durch Einspruch nicht mehr wahrgenommen werden konnte.[36]) Vorher entstandene die Bedürftigkeitseinrede begründende Tatsachen durften von jetzt ab selbst dann nicht berücksichtigt werden, wenn sie dem Schenker bis dahin unbekannt geblieben waren. Anderseits war aber den Voraussetzungen des § 686 entsprechend Fischer (S. 472—475) und entgegen der allerdings nicht ganz klaren Stellungnahme des Reichsgerichts (33/378) schon dann Genüge getan, wenn zwar der Kompetenzanspruch in gewissem Umfange bereits vor dem Erkenntnis vorlag ,indes später durch Hinzutreten neuer Vermögensverluste sich wesentlich verstärkt hatte, wobei es sich gleichblieb, ob von dem Einwendungsrecht auf Grund der vorliegenden Tatbestandsmomente vor der Verurteilung Gebrauch gemacht worden war oder nicht. Natürlich beschränkte sich die Zulässigkeit der

---

[35]) Albrecht 3. und 4. Buch, Altmann S. 45.

[36]) Bestritten von Dernburg Pand. II § 314 Note 7, nach dessen Meinung § 686 Z.P.O. (der spätere § 767) den Einwand der Kompetenz als Exekutionsprivileg nicht mitumfasste. Für unsere Ansicht die meisten, unter anderen Windscheid II § 268 Text und Note zu 6 a, Altmann S. 93, das Reichsgericht Bd. 33, S. 378 und Fischer S. 459 ff.

späteren Geltendmachung ausschliesslich auf die in der Zwischenzeit erfolgten Vermögensverminderungen, deren Vorbringen deshalb nichts im Wege stehen konnte, weil dieselben doch für sich einen neuen selbständigen Anspruch auf die Notbedarfseinrede zur Entstehung gelangen liessen. Durchgeführt wurde letzterer gemäss § 686 Abs. 1 in Form einer Klage, der sogenannten Einwands- oder Vollstreckungsgegenklage beim Prozessgericht 1. Jnstanz. Unterlag aber das bereits ergangene Urteil noch der Berufungsmöglichkeit, so war auch dieser Weg beschreitbar.

Kapitel IV.

§ 15.

Die besonderen Voraussetzungen zum Erwerb des Schenkerprivilegs; dessen Ausschliessungs- und Erlöschungsgründe.

Die Vorteile der condemnatio in id quod debitor facere potest standen im römischen und gemeinen Recht nicht unterschiedslos jedem bedürftigen Schenker zu, sondern, der allgemeinen Natur eines Vorzugsrechts entsprechend, war ihr Erwerb in erster Linie davon abhängig, dass die Person des Antragstellers sich ihrer als würdig erwies. Solches wurde jedoch bei Vorliegen folgender zwei dem Verpflichteten zur Last fallender Tatsachen verneint, deren Nachweis allerdings der Gläubiger zu führen hatte, nämlich:

1. Wegen arglistigen, den Kontrahenten schädigenden Verhaltens bei Vertragsabschluss (hauptsächlich wegen grober Täuschung über die bestehenden rechtspersönlichen Verhältnisse)[1]).

2. Wegen böswillig herbeigeführter Verminderung der Vermögenssubstanz[2]).

---

[1]) L. 4 § 1 D. quod cum eo 14, 5; lx. 10 D. de re jud. 42, 1 und lx. 22 § 1 D. de re jud. 42, 1. Der hier nur für einzelne Anwendungsfälle ausgesprochene Gedanke besitzt allgemeine auch auf den Schenker sich erstreckende Geltung.

[2]) Dagegen war eine fahrlässigerweise hervorgerufene unschädlich: lx. 63 § 7 D. pro socio 17, 2; lx. 51 pr. D.de re jud. 42, 1; lx. 18 § 1 D. sol .matr. 24, 3; lx. unic. § 7 C. de rei ux. 5, 13. Die beiden letzten Gesetze sind ebenfalls im verallgemeinerten Sinne aufzufassen. — Da, wo die Möglichkeit bestand, mithin bei der überwiegenden Mehrzahl der sonstigen Benefizien war ferner eine Berufung auf die Privilegierung ausgeschlossen gegenüber sämtlichen

Ob ausser der Unwürdigkeit des Bewerbers auch die vertragliche Verzichtleistung auf Jnanspruchnahme obigen Ausnahmerechts einen Ausschliessungsgrund bildete, kann indessen zweifelhaft erscheinen. Genannte Vereinbarung war nämlich rechtlich unverbindlich, wenn eine sittliche Pflicht zur Schonung des Schuldners vorlag. Nun gibt man allenthalben zu, dass zugunsten zweier anderer Gruppen von Benefiziaten, der Ehegatten bei Verpflichtungen untereinander und der Eltern als Schuldner ihrer Kinder wegen des engen familienrechtlichen Bandes, das die Betreffenden mit den bezeichneten Gläubigern umschlang, eine solche anerkannt wurde[3]). Mit demselben Recht, vielleicht mit noch grösserem, muss aber angenommen werden, dass dieser Grundsatz nicht minder, wenngleich zum Teil aus einem anderen Motiv heraus, dem Schenker gegenüber beobachtet wurde. Dass bei freigebigen Zuwendungen zwischen Aszendenten und Deszendenten hiernach verfahren wurde, bedarf keiner Erörterung. Wo aber diese intimen persönlichen Beziehungen zwischen den Beteiligten nicht bestanden, da fiel, wie sonst, ein nicht weniger beachtenswerter Umstand ins Gewicht, die Eigenart der auf reiner Freigebigkeit aufgebauten Obligation. Während bei den Ehegatten überhaupt und bei den Eltern im allgemeinen (d. h. mit Ausnahme des Schenkungsfalles) eine regelrechte Schuld in Frage kam, hatte der Schenker gar kein verum debitum zu vertreten. Jnfolgedessen war bei ihm zumindest dieselbe rücksichtsvolle Behandlung angebracht wie bei den beiden Gruppen der vorhin Genannten. Eine vom donator eingegangene Verpflichtung, die ihm zustehenden Vergünstigungen gegebenenfalls nicht geltend zu machen, besass daher, weil gegen die guten Sitten verstossend (contra bonos mores), keine rechtliche Gültigkeit.[4])

Ansprüchen aus Delikten (lx. 4 § 2 D. quod cum eo 14, 5; lx. 52 D. de re jud. 42, 1; lx. 21 § 6 D. de act. rer. 25,2. Vergl. weiter Dernburg Pand. II, § 314 Note 9 und Windscheid II § 268 Text und Note 9. — Ausser den genannten Ausschliessungsgründen hat dann die partikulare Gesetzgebung des Deutschen Reiches im 18. und 19. Jahrhundert für ihr Gebiet noch besondere aufgestellt (S. d. Abhlg. 51 ff.).

[3]) Ausdrücklich hervorgehoben ist in den Quellen diese Bestimmung nur bezüglich des 1. Anwendungsfalles (lx. 14 § 1 D. sol. matr. 24, 3). Vergl. hierzu Windscheid II § 268 Text und Note 10.

[4]) Die von Heimbach (S. 880 Text u. Note 33 ff.) u. Sintenis (gem. Zivilr. § 91 C. Text u. Note 74) vertretene Ansicht, dass auf die Rechtswohltat (ausgenommen die vertraglich entstandene), wegen des ihr „innewohnenden moralischen Elements" wirksam niemals vorher verzichtet werden konnte, ist als zu weitgehend von der Hand zu weisen. Aehnliches gilt von der Auffassung Dernburgs (Pand. II, § 314 Note 8), ein Verzicht auf das beneficium im voraus wäre

Als Endigungsgründe des beneficium donatoris kamen in Betracht:

1) Tod des Jnhabers.
Entsprechend dem höchst-persönlichen Charakter des genannten Vorrechts war ein Uebergang auf Erben und sonstige für den Schuldner haftende Personen ausgeschlossen (S. d. Abhlg. 58). Jedoch bildete dieser Umstand kein Hindernis für Stellvertreter (procuratores), sich ihrerseits im Namen des Berechtigten auf die Rechtswohltat zu berufen, wobei allerdings Voraussetzung war, dass das Urteil noch zu Lebzeiten des Beneficiaten erging.[5])

2) Wesentliche Besserung der wirtschaftlichen Lage des Schenkers.
Wenn das Vermögen des Schuldners infolge Neuerwerbs sich derart vermehrt hatte, dass dasselbe die notwendigen Bedürfnisse fürs tägliche Leben überstieg (si ad meliorem fortunam debitor pervenerit), so war die Anstrengung einer Klage auf die bestehengebliebene Schuld statthaft, ohne dass dieser die Einrede der condemnatio in id quod donator f. p. entgegengehalten werden konnte. Ob dieser Zustand wirklich als eingetreten anzusehen war, darüber entschied der judex nach genauer Prüfung der vorliegenden Verhältnisse. Bejahendenfalls hatte alsdann die Nachzahlung zu erfolgen, soweit die Forderung noch nicht getilgt war.[6])

3) Wechsel der Person des Gläubigers infolge Delegation des Schenkers seitens des Beschenkten zum Zwecke der Verpflichtung des ersteren einem Dritten gegenüber (aktive Delegation). Wenn der Delegatar seinen Anspruch aus dem in Stipulationsform neu begründeten Erfüllungsversprechen einklagte, dann konnte der delegierte Schenker sich nicht auf seine Bevorrechtigung berufen. Denn die regelmässige Delegationsart war die abstrakte, bei der der Delegat, unabhängig von dem zwischen ihm und dem Deleganten bestehenden Verhältnis, dem sogenannten Deckungsverhältnis die neue Obligation unter Zertrümmerung der alten einging, was aber

---

unstatthaft gewesen, da es als Exekutionsprivileg im allgemeinen Jnteresse erlassen worden sei. Mit der Ablehnung einer dahin gehenden Charaktereigenschaft unseres Rechtsinstituts entfällt auch jene Schlussfolgerung.

[5]) L. 23 D. de re jud. 42, 1 u. lx. 14 pr. D. sol. matr. 24, 3 besitzen allgemeine Bedeutung.

[6]) L. 63 § 4 D. pro socio 17, 2 ist allgemein aufzufassen. Vergl. ausserdem Windscheid II, § 268 Text zur Note 11, Dernburg Pand. II, § 314 Text u. Note 5, Holtius S. 89. Sintenis gem. Zivilr. § 91 C. Text u. Note 52.

stets den Verlust der ursprünglichen exceptio beneficii zur Folge hatte.[7])

Zweiter Teil.

Die Rechtswohltat des Notbedarfs zugunsten des Schenkers nach dem geltenden Recht.

Kapitel I.

§ 16.

Die Aufnahme des beneficium donatoris in das B. G. B.

Bei den alsbald nach dem politischen Zusammenschluss der deutschen Staaten einsetzenden Vorarbeiten zur Schaffung eines einheitlichen für das ganze Reich geltenden bürgerlichen Rechts waren lebhafte Zweifel entstanden, ob dem Jnstitut des subjektiven beneficium competentiae in der modernen Gesetzgebung noch eine innere Berechtigung zukomme. Die strittige Frage schien zunächst im negativen Sinne ihre Lösung zu finden. Folgende schwerwiegende Gründe waren es, die hierbei den Ausschlag gaben. Der ursprünglich alleinige und noch unter Justinian grundlegende Zweck des genannten Ausnahmerechts, die Abwendung der Schuldhaft und der Jnfamie, war ja mit dem Erlass des Bundesgesetzes vom 29. Mai 1868 (S. d .Abhlg. 47) endgültig erledigt. Für die später hinzugekommene Erweiterung, die deductio ne egeat, erblickte die massgebende Wissenschaft in den Pfändungsverboten der Z. P. O. einen im grossen und ganzen ausreichenden Ersatz; etwa vorhandene Lücken infolge Vorliegens aussergewöhnlicher Verhältnisse glaubte sie durch die Vorschriften über das gesetzliche Unterhaltsrecht ausgefüllt. Angesichts dieser Grundstimmung ist es nicht verwunderlich, dass der Entwurf I zum Bürgerlichen Gesetzbuch der Rechtswohltat des Notbedarfs in all seinen Erscheinungsfällen ablehend ge-

---

[7]) L. 33 § 3 D. de don. 39, 5. Dasselbe galt hinsichtlich der titulierten Delegation, falls das Erfüllungsversprechen sich auf dem Valutaverhältnis (zwischen Deleganten und Delegatar) aufbaute. Nur wenn ausnahmsweise das Deckungsverhältnis (zwischen Deleganten und Delegaten) zugrunde gelegt und ausdrücklich darauf Bezug genommen war, behielt der donator trotz Delegation sein Anrecht auf bevorzugte Behandlung bei (Trappenberg: Diss., v. Savigny Bd. IV, S. 596). — Vergl. zum Vorigen: Altmann S. 42—44.

genüberstand. Die Motive hierzu lassen sich Bd. II § 228 folgendermassen darüber aus: „Von einer Wiederherstellung der durch § 14 No. 4 des Einführungsgesetzes zur Z. P. O. beseitigten Befugnis des Richters zur Erteilung von Zahlungsfristen konnte so wenig die Rede sein, als von einer Anerkennung des sogen. beneficium competentiae". Mit besonderer Bezugnahme auf das beneficium donatoris heisst es dann S. 298 weiter: „Schon bei der Beratung der Zivilprozessordnung ist anerkannt worden, dass das gemeinrechtliche dem Schenker zustehende beneficium competentiae eine bedenkliche Rechtsinstitution ist ‚welche in der Praxis zu grossen Weitläufigkeiten und Verwicklungen führt, mit den allgemeinen Grundsätzen sich wenig verträgt, auch bei der Milde der Vorschriften über die Zwangsvollstreckung ihre Berechtigung verloren hat. Die Rechtswohltat kann unter Umständen zu grossen Härten und Unbilligkeiten dem Beschenkten gegenüber führen."

Jndessen wurde im Verlauf der weiteren Bearbeitung unter dem Einfluss der einsetzenden Kritik die ursprüngliche Stellungnahme revidiert und im zweiten Entwurf des B. G. B. finden wir das gemeinrechtliche beneficium donatoris nach gewisser Umbildung und mit erweitertem Jnhalt, aber unter völliger Erhaltung seiner bisherigen Wesensart unter dem § 466 wieder vertreten.[1]) Jn obiger Formulierung gelangte es dann nach Vornahme einiger Abänderungen seitens der damaligen gesetzgebenden Faktoren (des Bundesrats und des Reichstages) als § 519 B. G. B. zur Annahme. Gleichzeitig mit dieser Vorlage wurde eine Reihe sonstiger Kompetenzfälle des bisherigen Rechts übernommen,[2]) allerdings grösstenteils nach erheblicher Umgestaltung. Während aber hinsichtlich letzterer hierfür in Frage kommender Rechtsbildungen des seit dem 1. Januar 1900 in Kraft befindlichen Bürgerlichen Gesetzbuches (seine Ausfertigung war bereits am 18. August 1896 erfolgt), die abwei-

---

[1]) Vergl. die Protokolle zum B. G. B. Bd. II, S. 1649/50. Die beigefügte Begründung ist jedoch z. T. unzutreffend; vergl. S. 1650 ebendaselbst.

[2]) Von der Aufnahme ausgeschlossen blieb das im gem. Recht häufig vorkommende beneficium zugunsten des Gemeinschuldners, der bonis zediert hatte. Jn einigen Territorien schon in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts aufgehoben, wurde dasselbe für das ganze Reichsgebiet 1879 (formell nach § 4 Einführungsgesetz zur Reichskonkursordnung, materiell nach § 152 Abs. 1 [jetzt § 164 Abs. 1 K. O.,] beseitigt). Die übrigen fortgefallenen Kompetenzbildungen waren teils unpraktisch geworden (das des Patrons gegen den Freigelassenen), teils zu Exekutionsprivilegien umgewandelt (das der milites und quasimilites). Vergl. Zipperling S. 133.

chendsten Ansichten zutage getreten sind, ob sie noch als wirkliche Erscheinungsformen der Kompetenz zu betrachten wären,[3]) herrscht völlige Einmütigkeit darüber, dass wir es in § 519 mit der im römischen Recht als condemnatio in id quod donator f. p. begründeten Rechtswohltat des Notbedarfs für den Schenker zu tun haben,[4]) was ja auch bei der klaren Fassung des betreffenden Gesetzes keinen Zweifeln unterliegen kann. Der angezogene Paragraph lautet Abs. 1 folgendermassen:

„Der Schenker ist berechtigt, die Erfüllung eines schenkweise erteilten Versprechens zu verweigern, soweit er bei Berücksichtigung seiner sonstigen Verpflichtungen ausserstande ist, das Versprechen zu erfüllen, ohne dass sein standesmässiger Un-

---

[3]) Je nachdem die kennzeichnenden Merkmale des privilegium deductionis weiter oder enger gefasst wurden, besonders im Hinblick auf die Art seiner prozessualen Geltendmachung, gelangte die hierzu Stellung nehmende Literatur zu einer grösseren oder kleineren Anzahl jener gemeinrechtlichen Jnstitutionen.
Kohler (B. G. B. I § 66 II 2 a) u. Sohm (§ 119 Note 9) lassen einzig und allein den § 519 als wirklichen Fall der Rechtswohltat des Notbedarfs gelten. Enneccerus (I 2 § 345) nimmt nur in den §§ 519 und 528 Abs. 1 das Vorliegen eines solchen Vorzugsrechtes an, also nur zugunsten des Schenkers; Staudinger (§ 519 Abs. I u. § 529 Abs. 1 c) ausser in § 519 noch in § 529, indessen bei beiden mit der Einschränkung, dass hier keine dem gemeinrechtlichen benefic. competentiae völlig analoge, sondern nur verwandte Rechtsbildungen vorlägen. Planck (a. s. O.) u. Oertmann (a. s. O.) legen den §§ 519, 529 und 829 die Eigenschaft der Kompetenz bei. Weiter gehen Dernburg (Pand. II § 314 No. 14), Heilfron (Z. P. O. II § 18 C. I a 2) u. Sydow-Busch (Note 1 zu § 767), von denen die beiden ersten die §§ 519, 529_2, 829 u. 1620 anführen, der letzte die §§ 519, 529, 1603 u. 1620. Fischer-Henle (a. s. O.) erblickt das Kompetenzprinzip in den §§ 519, 1579, 1603, 1608, 1620 u. 1708_2; Windscheid (§ 268 Abs. 1 u. 2) dehnt es auf die §§ 519, 529, 829, 1603, 1608, 1579 u. 1620 aus. Den Kreis am weitesten ziehen jedoch Zipperling und Ritter. Erster (S. 159) spricht die §§ 519, 529_2, 829, 1361 Abs. 1 S. 2, 1579_1, 1603, 1620, 1708_2; Ritter (2. Abhlg. S. 43) die §§ 519, 529_2, 829, 1360, 1361_2, 1579_1, 1585_1, 1603; 1608; 1620_1; 1708_2 und (in gewisser Beziehung) § 528_1 als Geltungsfälle der Kompetenz an. Ueber die Möglichkeit, ein benefic. compet. durch Vertrag zu begründen, bestehen trotz Fehlens einer diesbezüglichen gesetzlichen Normierung angesichts der im B. G. B. anerkannten Vertragsfreiheit keine Zweifel (vergl. die Motive zum Entwurf des B. G. B. Bd. II § 228.)

[4]) Nur die Auffassung Staudingers (vergl. vorige Fussn.) weicht etwas davon ab.

terhalt oder die Erfüllung der ihm kraft Gesetzes obliegenden Unterhaltungspflichten gefährdet wird".[5])

Kapitel II.

Die Bedeutung und der Jnhalt des Rechts der Erfüllungsverweigerung.

§ 17.

1. Seine Voraussetzungen.

Wie im römischen und gemeinen Recht setzt auch im B. G. B. die Gewährung der Kompetenz voraus, dass ein noch unerfülltes Schenkungsversprechen vorliegt und nicht, dass die Leistung bereits vollzogen ist.[1]) Als Schenkungsversprechen ist hier jedes schenkweise erteilte Versprechen anzusehen, also auch ein abstraktes Schuldversprechen und Schuldanerkenntnis der §§ 780 und 781 B. G. B., wenn diesen Verpflichtungen der Tatbestand der Schenkung zugrunde liegt (§ 518 Abs. 1 S. 2). Dasselbe gilt bei gleicher Voraussetzung für die übrigen Arten abstrakter Schuldversprechen, für die Anweisung, den Scheck, den kaufmännischen Verpflichtungsschein und selbst für den Wechsel, solange er sich in den Händen des Beschenkten befindet[2]). Rechtsgültig ist das Versprechen in seinen verschiedenen Grundformen aber nur dann, falls die Vorschrift des § 518 Abs. 1 gewahrt ist, also gericht-

---

[5]) Jn der ursprünglichen Form als § 466 des 2. Entwurfs hiess er: „Der Schenker ist die Erfüllung eines Schenkungsversprechens zu verweigern berechtigt, soweit er bei Berücksichtigung seiner anderweitigen Verpflichtungen, insbesondere auch der ihm obliegenden gesetzlichen Unterhaltspflichten, ohne Beeinträchtigung seines eigenen standesmässigen Unterhalts die Erfüllung zu bewirken ausserstande ist."

[1]) Sonstigenfalls gibt es lediglich eine Klage auf Rückgabe nach Massgabe der §§ 528, 529, die aber entgegen Enneccerus I 2 § 345 Ritter S. 43 u. dem Kommentar der R. G. R. Bd. I Erl. 1 zu § 519 mit unserer Rechtswohltat sowohl nach deren Entstehungsart wie historischen Entwicklung nichts gemein hat.

[2]) Hierfür die meisten, insbes. Oertmann II Erl. 3 c zu § 518, Warneyer I Anm. II zu § 518, Planck II Anm. 2 zu § 518 u. das R. G. (E. 71/289 bezüglich des Wechsels, im Gegensatz zur früheren E. 2/5). Dagegen Staudinger II Anm. II 2 zu 518, Endemann I § 164 Anm. 13 u. Neumann I Anm. 2 zu § 518; früher auch Oertmann und Planck.

liche oder notarielle Beurkundung stattgefunden hat.[3]) Dies Erfordernis bezieht sich jedoch nur auf die Abgabeerklärung des Versprechenden, nicht auf die Annahme derselben durch den Versprechensempfänger, es sei denn, dass die Natur des Rechtsgeschäfts die Beobachtung einer derartigen Form bedinge.[4]) Jm übrigen steht dem Schenker das Recht der Erfüllungsverweigerung zu, wenn entweder sein eigener standesmässiger Unterhalt oder die ihm Dritten gegenüber vom Gesetz auferlegten Unterhaltspflichten durch die Leistungsvornahme gefährdet werden.[5])

Ueber die Art und den Umfang des standesmässigen Unterhalts unterrichtet uns § 1610 B. G. B. Massgebend für denselben ist die Lebensstellung des Berechtigten, wie sie sich nicht bloss aus dessen Stande auf Grund der Geburt und des Berufs, sondern auch aus seinen Vermögens- und Einkommensverhältnissen ergibt. Jnhaltlich umfasst der Unterhalt den gesamten Lebensbedarf. Neben der Pflege des Körpers soll, der sozialen Stellung des An-

---

[3]) Die Erklärung, dass das Versprechen „schenkungsweise" erfolge, braucht allerdings nicht in die Urkunde aufgenommen zu werden. — Hiernach hat das BGB. die gemeinrechtliche Insinuation verworfen, die in der gerichtlichen Protokollierung der Verpflichtungserklärung bezüglich sämtlicher Schenkungen bestand, soweit diese den Betrag von 500 Reichsdukaten (auf 4666$^2/_3$ Mark berechnet; unter Justinian war es die ungefähr gleiche Summe von 500 solidi) überstiegen. Hingegen ist es dem Vorbild des Preuss. Allgem. Landr. (I 11 §§ 1063 ff.) gefolgt, das den gerichtlichen Abschluss unbedingt bloss für Schenkungsversprechen verlangte (aussergerichtliche Schenkungen konnten nach ihrer Vollziehung allerdings noch 6 Monate lang beliebig widerrufen werden), dabei aber jegliche Einschränkungen hinsichtlich der Wertgrenze fallen liess: Dernburg BGB. II § 206 III Heilfron BGB. II § 52 N. 8.

[4]) Letzteres trifft bei den §§ 311—313 u. 2385 zu. — Die Bestimmung des § 518 Abs. 1 besitzt auch Geltung für die gemischte Schenkung, bei der sie aber bloss bezüglich des Leistungsversprechens des freigebigen Teiles Anwendung findet, entgegen der Ansicht verschiedener, die teils den ganzen Vertrag als formbedürftig ansehen, teils nur unter gewissen Bedingungen obige Form verlangen. Vergl. hierzu Soergel I Erl. 1 zu § 518 u. Dernburg BGB. II § 210 Abs. II

[5]) In der Voransetzung der gesetzlichen Unterhaltspflichten vor einer solchen aus einem Schenkungsversprechen liegt zugleich eine einschränkende Vorschrift zum § 1603 Abs. 1. Aus ihr geht nämlich hervor, dass das schenkweise gegebene Versprechen nicht zu denjenigen Verpflichtungen gehört, die nach dem genannten Gesetz die Unterhaltspflicht ausschliessen. (Staudinger II § 519 Anm. 4; Planck II § 519 Anm. 1.).

spruchsberechtigten entsprechend, eine gewisse Befriedigung der geistigen Bedürfnisse einhergehen. Bei einer erziehungsbedürftigen Person kommen noch die erforderlichen Erziehungskosten und die notwendigen Ausgaben zur Vorbildung für einen bestimmten Beruf hinzu.[6])

Die dem Schenker möglicherweise obliegenden gesetzlichen Unterhaltspflichten[7]) dritten Personen gegenüber können, je nach dessen familienrechtlicher Stellung, sehr verschiedener Art sein. Als Ehegatte hat er — der Mann grundsätzlich, die Frau subsidiär — gemäss den §§ 1360 ff. dem andern Teil einen der Lebensstellung des Mannes sowie seinem eigenen Vermögen und seiner Erwerbsfähigkeit entsprechenden Unterhalt zu gewähren. Nach erfolgter Ehescheidung muss der allein für schuldig erklärte Mann den bisherigen Ehegatten, soweit notwendig, die allein für schuldig erklärte Frau jenen im Falle der Bedürftigkeit standesgemäss alimentieren (§§ 1578 ff. u. § 1583). Dieselben Verpflichtungen können im Rahmen der §§ 1345 und 1351 aus der für nichtig erklärten Ehe zu Lasten des den Nichtigkeits- bezw. Anfechtungsgrund vorher kennenden Gatten entstehen. Ferner besteht eine Pflicht zur Alimentierung, d. h. hier zur Verschaffung des gesamten standesgemässen Lebensbedarfs gegen Verwandte in gerader Linie, darunter in besonderer Weise gegen die Kinder, wobei allerdings Bedürftigkeit auf seiten der Berechtigten ebenso Voraussetzung ist wie entsprechende Leistungsfähigkeit auf der Gegenseite (§§ 1601 ff.). Dasselbe gilt nach den §§ 1700 und 1703 für den Vater gegenüber seinen Kindern aus nichtiger Ehe. Für ein uneheliches Kind hat der Vater (die Mutter und die mütterlichen Verwandten subsidiär) in der Weise zu sorgen, dass er ihm bis zum vollendeten 16. Lebensjahr, unter Umständen in eingeschränktem Masse darüber hinaus, den der Lebensstellung der Mutter entsprechenden gesamten Lebensbedarf verschafft (§§ 1708 ff.). Ergänzende Bestimmungen über die Pflicht des Vaters bezw. der Mutter sowie deren Verwandten, das für ehelich erklärte uneheliche Kind

---

[6]) Eingeschlossen sind ferner Krankheitskosten, jedoch keine Prozesskosten. — Vergl. hierzu Dernburg IV § 70 I Neumann II Erl. zu § 1610, Opet u. v. Blume Erl. zu § 1610; Opet S. 85—89. Staudinger IV Erl. zu § 1610.

[7]) Nicht hierhin gehören die lediglich durch Vertrag begründeten Unterhaltsverpflichtungen. Diese sind vielmehr zu den später zu behandelnden „sonstigen Verpflichtungen" zu zählen. — Eine umfassende Zusammenstellung der in Frage kommenden Vorschriften über gesetzliche Unterhaltspflichten finden wir bei Fischer-Henle Anm. 6 zu § 519 u. Neumann I Erl. 4 zu § 519.

zu unterhalten und die entsprechende Pflicht des Adoptierenden bei Kindesannahme enthalten die §§ 1739 und 1766. Nicht als zu den gesetzlichen Unterhaltspflichten im Sinne des § 519 gehörig zu betrachten ist jedoch jene aus § 528[8]).

Gemäss dem Wortlaut des § 519 ist nun zur Privilegierung des Schenkers nicht schon eine augenblickliche Beeinträchtigung seines Unterhalts oder der ihm durch Gesetz auferlegten Unterhaltspflichten erforderlich, wie es die ursprüngliche Formulierung vorsah, sondern es genügt bereits eine Gefährdung jener Objekte. Eine solche ist aber schon vorhanden, wenn die begründete Besorgnis besteht, dass die Vermögensmittel künftig nicht hinreichen werden.[9]) Es können somit auch Umstände als Unterlage dienen, die noch gar nicht eingetreten sind, deren Eintritt indes mit Sicherheit oder doch grosser Wahrscheinlichkeit zu erwarten ist (notwendig werdende Operation, bevorstehende Geburt eines Kindes).

Bei der Prüfung der Frage, ob und inwieweit der Schenker zur Erfüllung seines Schenkungsversprechens ausserstande ist, werden, von den Abzügen für eigenen und fremden Unterhalt abgesehen, auch dessen sonstige Verpflichtungen in Betracht gezogen. Letztere kommen jedoch nicht in ihrem vollen Betrage[10]) in Ansatz, wie es bei der römischen und gemeinrechtlichen Methode der deductio aeris alieni zutraf, sondern werden nur einer Berücksichtigung unterzogen, d. h. je nach der Möglichkeit und der Wahrscheinlichkeit ihrer zwangsweisen Eintreibung in Rechnung gestellt. Dass hierbei die sogen. Naturalobligationen von vornherein wegfallen, ist selbstverständlich. Aber auch betagte und bedingte Verbindlichkeiten sowie solche, von denen anzunehmen ist, dass vielleicht niemals oder doch in der nächsten Zeit nicht auf deren Erfüllung gedrängt wird, können, soweit überhaupt, nur in beschränkter Höhe unter Zugrundelegung ihrer wirklichen augenblicklichen Bedeutung angesetzt werden. Genauere ins einzelne gehende Richtlinien lassen sich jedoch darüber nicht aufstellen; es müssen da die vorliegenden Verhältnisse jedesmal von Fall zu Fall geprüft und beurteilt werden.[11])

---

[8]) Neumann I § 519 Anm. 4 h, Staudinger II § 519 Anm. 4.

[9]) Warneyer I § 519 Anm. II

[10]) Planck II Anm. 1 zu § 519, Windscheid II § 268 Abs. 1c, Schollmeyer II, 2 S. 52 und Crome § 231 Abs. 4 a β; (früher auch Oertmann) treten dagegen für Abzug in voller Höhe ein.

[11]) Entsprechend Ritter S. 44; Staudinger II Erl. 5 zu § 519; Opet § 10, II, 2c; Oertmann Anm. 1 zu § 519 u. Warneyer I Anm. II zu § 519.

Für die Abschätzung der schuldnerischen Leistungsfähigkeit ist es ohne Belang, wann der Benefiziat bedürftig geworden ist. Ob dieser Zustand erst nach Abgabe des Schenkungsversprechens eintrat oder bereits vordem vorlag, spielt absolut keine Rolle.[12])

§ 18.

2. Die Prüfung der Berechtigung zur Jnanspruchnahme des Rechts aus § 519 Abs. 1 B. G. B.

Wegen des höchst-persönlichen Charakters der Rechtswohltat des Notbedarfs, der eine Uebertragung auf andere Personen ausschliesst[13]), steht nur dem Schenkversprecher selbst jene Vergünstigung zu. Jnfolgedessen ist sie dem Erben zu verweigern. Ebenso muss sie dem Bürgen abgesprochen werden. Aus eigenem Recht besitzt dieser keinen Anspruch, ganz gleich, aus welchem Grunde er sich verbürgt hat, denn er ist kein Schenker. Aber auch aus dem Recht des Hauptschuldners heraus ist ihm jene Geltendmachung verwehrt, trotzdem der § 768 anscheinend dafür spricht. Die Bürgschaft bezweckt Sicherung des Gläubigers vor etwaiger Vermögensunzulänglichkeit des Hauptschuldners. Diese Schutzwirkung wäre jedoch direkt zunichte gemacht durch die Berufungsmöglichkeit des Bürgen auf obige Einrede, da derselbe sich dann gerade auf einen Umstand stützen würde, für den er nach dem Bürgschaftsvertrag die Haftung übernommen hat.[14])

---

[12]) Kommentar der R. G. R. Anm. 1 zu § 519.

[13]) Vergl. S. d. Abhlg. 86 u. 107. — Nach Radicke (S. 402) ist das benefic. compet. im BGB. seiner höchstpersönlichen Natur entkleidet worden. Langheineken (S. 277) hält sogar sämtliche exceptiones personae cohaerentes, wie sie im römischen und gemeinen Recht bestanden, mit dem Jnkrafttreten des BGB. für beseitigt. Gegen beide die herrschende Ansicht.

[14]) Entsprechend Reichel S. 392, Fischer-Henle Anm. 4 zu § 768, Oertmann II Erl. 4 b zu § 519, Dernburg BGB. II § 287 Abs. III Warneyer I Erl. I zu § 519, Kommentar der R. G. R. I Erl. 1 zu § 519. Zu einer Verneinung der Kompetenzeinrede des Bürgen gelangt auch Radicke (S. 398—401). Doch zieht er diese Schlussfolgerung nicht aus dem Wesen und dem Zweck der Bürgschaft, sondern gründet seine Ansicht auf dem Umwege einer replicatio doli auf den in § 157 ausgesprochenen Grundsatz von Treu und Glauben. Für eine gegenteilige Meinung, also für die Erhebung des vom Hauptschuldner abgeleiteten Einwands der Bedürftigkeit seitens des Bürgen treten ein: Staudinger II Erl. 3 zu § 768, Neumann I Erl. 3a zu § 768, Crome § 296 Note 22.

Was für den Bürgen gilt, kann in Anbetracht der Verschiedenheit des zugrunde liegenden Rechtsverhältnisses nicht ohne weiteres auf den Schuldübernehmer ausgedehnt werden. Jndessen ist auch diesem die Einrede der Erfüllungsverweigerung bei Bedürftigkeit des Urschuldners trotz des dafür sprechenden Wortlauts des § 417 zu versagen, wobei es gleichgültig ist, ob die übernommene Verpflichtung privativer (Uebernahme zur Alleinschuld), oder kumulativer Art ist (Uebernahme zur Mitschuld, Schuldbeitritt). Jm Wege steht eben die Unübertragbarkeit jenes Vorzugsrechts, das, entsprungen den rein persönlichen Verhältnissen des bisherigen Schuldners, mit dessen Persönlichkeit aufs engste verbunden ist und eine Trennung von ihr nicht verträgt. Anders liegt jedoch der Sachverhalt, wenn der Tatbestand des Notbedarfs in der Person des Schuldübernehmers gegeben ist. Jn diesem Falle darf letzterer sowohl bei der Uebernahme zur Allein- wie Mitschuld von obigem Rechtsbehelf Gebrauch machen, denn dann gründet er seinen Anspruch nicht auf fremdes Recht, sondern auf eigenes, da auch seine Verpflichtung die causa donandi in sich enthält.[15])

Das Recht auf bevorzugte Behandlung steht dem Schenker aber nicht nur dem Empfänger der Verpflichtungserklärung gegenüber zu, sondern bei Verträgen auf Leistung an Dritte gemäss § 334 auch gegenüber dem Dritten.[16]) Selbstverständlich kann dasselbe auch der Forderung des Zessionars auf Grund des § 407 entgegengehalten werden, und selbst gegen den Delegatar (Anweisungsempfänger) ist der delegierte (angewiesene) Schenker zur Jnanspruchnahme der Kompetenz befugt.[17])

---

[15]) Uebereinstimmend Rechel (S. 391) undi Oertmann (II Erl. 4b zu § 519). Zu genau entgegengesetztem Resultat gelangt Warneyer (I Erl. I, Text und Noten 13 und 14 zu § 519) räumen (S. 402—404) und ihm folgend Soergel (Erl. 1 zu § 519) räumen dem Schuldübernehmer die Einrede aus § 519 sowohl bei eigenem Mangel ein wie bei solchem des Urschuldners, falls derselbe bereits zur Zeit des Abschlusses des Uebernahmevertrages vorliegt. Dagegen Planck (II Erl. 1a δ zu § 417.) Mit der Ansicht der beiden vorhin Genannten stimmt hinsichtlich des letzteren Falles, der allein in Betracht gezogen wird, auch die von Staudinger (Bem. 5c zu § 417) überein. Jn gleicher Weise, aber uneingeschränkt, erkennen Schollmeyer (II, 1 Erl. 1a zu § 417), Crome (II § 203 Note 7) und Enneccerus (I § 345 Note 5) dem Unternehmer bei Notlage des Urschuldners die Kompetenz zu.

[16]) Planck II Erl. 1 zu § 519 und Erl. 2aβ bb zu § 334, ausserdem Oertmann Erl. 1 zu § 334.

[17]) Trappenberg §§ 3 und 8. Von der Uebertragungsform der Delegation wird jedoch heute angesichts des Bestehens der Zessionsmöglichkeit kaum mehr Gebrauch gemacht.

Jm Gegensatz zu den römischen und gemeinrechtlichen Vorschriften (S. 97/98) stellt § 519 keine besonderen Ausschliessungsgründe wegen Unwürdigkeit des mit obigem Privileg Bedachten auf. Dafür greift aber die allgemeine Bestimmung des § 157, speziell des § 242 Platz, nach der dem Schenker der Anspruch auf die Kompetenz abzuerkennen ist, wenn jener in böswilliger Weise seine Bedürftigkeit herbeigeführt hat, um dann durch die Berufung auf die Rechtswohltat die Befriedigung des Gläubigers zu hintertreiben. Denn durch ein derartiges die Jnteressen des Gläubigers mutwillig schädigendes Verhalten würde der Schuldner gegen den allgemeinen Grundsatz von Treu und Glauben, gegen die Anschauungen des redlichen Verkehrslebens verstossen, was im Prozess von Amts wegen zu beachten wäre.[18])

Des weiteren hat man von einer Aufnahme der in der preussischen Allgemeinen Gerichtsordnung von 1781, Teil I, Titel 49 (S. d. Abhlg. 52) vertretenen Einschränkung Abstand genommen, wonach dem Berechtigten der Genuss des privilegium competentiae versagt war, falls der betreffende Gläubiger dadurch infolge des eintretenden Ausfalles selber in eine bedrängte Lage geriet.[19])

§ 19.

Die Art der Geltendmachung des beneficium donatoris und dessen Wirkungsweise.

Die Geltendmachung der Rechtswohltat des Notbedarfs[20]) geschieht wie im römischen und gemeinen Recht in Form einer dilatorischen Einrede[21]). Es bleibt nämlich das Forderungsrecht des Klägers hinsichtlich seines rechtlichen Bestandes unberührt, nur

---

[18]) Den Grundgedanken der §§ 157 und 242 finden wir bereits in der römischen und gemeinrechtlichen exceptio bezw. replicatio doli generalis vor. Vergl. Heilfron BGB. II § 7, Dernburg BGB. II §§ 9 und 10, Warneyer I Erl. IV zu § 242, Staudinger II Erl. zu § 242, insbes. zu Abs. 2 ff.

[19]) Vergl. aber § 529 Abs. 2.

[20]) Auch bei gemischter Schenkung zulässig, soweit die Unentgeltlichkeit reicht. Ausgeschlossen ist sie jedoch bei Vorliegen eines nach § 779 abgeschlossenen Vergleichs (Soergel I Erl. 1 zu § 519, Warneyer I Erl. I zu § 519.

[21]) Der näheren Art nach liegt hier eine rechtsverfolgende Einrede, ein sogenanntes Gegenrecht vor (Fischer S. 464 und 465, Oertmann Annm. 2 zu § 519); vergl. weiter Heilfron Z. P. O. Bd. I § 74 C. III a4 und b 3. — Langheineken S. 274, Endemann I § 165 Abs. 3 Note 9 und § 88 Abs. 3 Note 33a und Fischer-Henle Anm. 7 zu § 519 sehen im Gegensatz zu allen anderen in der Berufung auf die Kompetenz eine peremtorische Einrede.

dessen Verwirklichung wird für die Dauer der schuldnerischen Leistungsunfähigkeit ganz oder teilweise hinausgeschoben. Da der Gläubigeranspruch nicht von vornherein ausgeschlossen ist, findet eine Berücksichtigung obigen Gegenrechts von Amts wegen nicht statt. Selbst bei zufälliger Kenntnisnahme vorliegender Tatsachen wäre es dem Richter benommen, dieselben prozessrechtlich zu beachten. Jn jedem Falle muss der Beklagte sich selber ausdrücklich darauf berufen. Jhm steht es allerdings frei, von seinem Verteidigungsmittel nach Belieben Gebrauch zu machen, doch wäre die im voraus eingegangene Verpflichtung, gegebenenfalls Verzicht zu leisten, unzulässig und unwirksam, da solches gegen den Zweck des § 519 als soziale Schutzvorschrift verstossen würde.[22])

Die Vorschützung der Kompetenz hat regelmässig im Hauptprozess zu geschehen, wo sie gemäss § 278 Z. P. O. spätestens in der letzten dem Urteil vorhergehenden mündlichen Verhandlung erfolgen muss. Nach diesem Zeitpunkt ist eine solche — ungeachtet der Zulässigkeit in einem eventuellen Berufungsverfahren — lediglich im Rahmen des § 767 Z. P. O. möglich, mithin unter denselben Bedingungen und in dem gleichen Ausmasse wie seit der Einführung der Z. P. O. bezüglich des gemeinrechtlichen Jnstituts auf Grund des § 686 (vergl. S. 69 d. Abhlg.). Ein nachträgliches Vorbringen kommt also nur in Frage bei Vorliegen neuer den Einwand des Notbedarfs begründender Umstände, also nur bei erheblicher in der Zwischenzeit erfolgter Vermögensverschlechterung. Doch genügt es, dass durch den Eintritt dieses wirtschaftlichen Verlustes die Bedürftigkeit des Schenkers nicht erst hervorgerufen, sondern bloss gesteigert worden ist, weil ja auch dann der Kompetenzanspruch hinsichtlich letzterer Tatsachen neu erzeugt und seine Geltendmachung daher durchaus berechtigt ist.[23]) Die gerichtliche Durchführung vollzieht sich gegebenenfalls im Wege einer Klage, der sogen. Vollstreckungsgegenklage oder Einwandsklage bei ausschliesslicher Zuständigkeit des Prozessgerichts erster Jnstanz. Dabei ist es ohne Belang, ob die Zwangsvollstreckung bereits begonnen hat, oder ob sie bevorsteht, nur darf sie nicht schon vollendet sein.[24])

---

[22]) Uebereinstimmend Staudinger II Erl. 2 zu § 519, Oertmann Anm. 2 u.3 zu § 519, Planck II Anm. 1 zu § 519, Warneyer I Anm. I zu § 519 und Enneccerus § 345 I Abs. 1 u. 7. Vergl. noch die Ausführungen auf S. d. Abhlg. 71.

[23]) Ob dabei eine Vorschützung des benefic. compet. auf Grund der bereits vorhandenen Vermögenszerrüttung vor der Verurteilung stattgefunden hat oder nicht, fällt nicht ins Gewicht.

[24]) Vergl. Windscheid-Kipp Pand. II § 268 Abs. 1e, Heilfron Z. P. O. Bd. II 18 C I Sydow-Busch Z. P. O. § 767 Note 1 und die dort angegebene Literatur, ferner Fischer S. 472—475.

Je nach dem Grade der Leistungsunfähigkeit des Schenkers zieht die erfolgreiche Berufung auf die Rechtswohltat des Notbedarfs gemäss deren Sonderstellung als mindernde Einrede[25]) im ordnungsmässigen Prozess gänzliche oder teilweise Abweisung der Klage nach sich[26]). Jndessen ist die Abweisung keine endgültige, da ja der Schenkungsanspruch als solcher im Urteil nicht aberkannt, sondern bloss seine derzeitige Durchführung für unbegründet erklärt wird. Die Forderung wird somit nur lahmgelegt und zwar für solange, bis sich die Vermögensverhältnisse des Verpflichteten entsprechend gebessert haben. Jnfolgedessen kann auch die Einrede der rechtskräftig entschiedenen Sache aus § 322 Z. P. O. gegen die Klagwiederholung nicht ins Feld geführt werden. Jedoch muss der Beschenkte hier im Gegensatz zur ersten Klage, wo die Beweislast naturgemäss dem Schenker obliegt, den Nachweis erbringen, dass die Bedürftigkeit des Schuldners nicht mehr besteht.[27])

§ 20.

Besondere Regelung bei Vorliegen mehrerer gegen denselben Schuldner gerichteten Schenkungsansprüche.

Eine besondere Regelung ist für den Fall getroffen, dass der Schenker sich mehrfach verpflichtet hat. § 519 Abs. 2 ordnet die Rangstellung der verschiedenen Ansprüche dahin, dass die älteren, d. h. die früher entstandenen Schenkungsforderungen den jüngeren vorgehen. Als entstanden sind diese jedoch erst dann anzusehen, wenn sie Klagbarkeit erlangt haben. Dies trifft allerdings gemäss § 516 Abs. 1 im allgemeinen mit dem Vertragsabschlusse, also mit dem Zeitpunkte der Annahme des Schenkungsversprechens zu, bei einer bedingten oder betagten Obligation dieser Art aber erst in dem Augenblick, wo das in Aussicht genommene Ereignis bezw. der bestimmte Termin tatsächlich eingetreten ist. Hieraus folgt, dass

---

[25]) § 519 sagt: „Der Schenker ist berechtigt, die Erfüllung zu verweigern, soweit . . . . ."; vergl. dazu S. d. Abhlg. 89.

[26]) Nach rechtskräftigem uneingeschränktem Urteil führt sie bei Anstrengung der Vollstreckungsgegenklage eine entsprechende Abwehr der Exekution herbei.

[27]) Obiger Ansicht die meisten, insbes. Oertmann II Bemerk. 5 zu § 519, Warneyer I Anm. I zu § 519, Dernburg BGB. II § 208 Abs. III 3; Crome § 231 Text und Noten 18 u. 19, Staudinger II Anm. I, 7 zu § 519, Planck II Anm. 1 zu § 519. Dagegen Langheineken S. 275 und die dort Anm. 1 Zitierten, ferner Fischer-Henle Note 7 zu § 519. — Bezüglich der Nachforderung der Restschuld nach dem römischen Recht: vergl. S. d. Abhlg. 19.

eine innerhalb dieses Zwischenstadiums vorgenommene zweite nicht an solche Voraussetzungen geknüpfte Schenkung vor der bereits vereinbarten, bedingten und betagten den Vorrang besitzt.[28]) Aus der Vorschrift des § 519 Abs. 2 ergibt sich ohne weiteres, dass eine spätere Schenkungsschuld aus Anlass der Erfüllungsklage eines früheren Berechtigten bei der Abschätzung der schuldnerischen Leistungsfähigkeit niemals als „sonstige Verpflichtung" in Rechnung gestellt werden kann.[29]) Ueberhaupt geht der Zweck jener Bestimmung dahin, eine Beeinträchtigung der zuerst vorgenommenen Schenkung durch eine nachträglich erfolgte in jeder Form auszuschliessen. Jnfolgedessen ist es auch dem Schenker versagt, dem ersten Beschenkten gegenüber sich auf seine Bedürftigkeit zu berufen, wenn er solches gegen den zweiten zuerst Klage Erhobenen zu tun versäumt hat. Selbstverständlich gilt das Verbot nur in dem Masse, in dem eine Geltendmachung hätte stattfinden können. Rechnerisch stellt sich die Sachlage so dar, dass die verursachte Vermögensverminderung als nicht eingetreten erachtet wird. Dabei fällt es ausser Betracht, ob die Vorschützung obigen Rechtsbehelfs aus Arglist zwecks Benachteiligung des andern Vertragsgegners oder aus falscher Beurteilung der eigenen Vermögensverhältnisse heraus unterblieben ist.[30])

Keine Entscheidung hat § 519 Abs. 2 für den Fall einer gleichzeitigen Entstehung von Schenkungsansprüchen getroffen. Jndessen dürfte es angebracht sein, dem Schenker die Wahl zu lassen, die Einrede der Erfüllungsverweigerung gleichmässig gegen alle Be-

---

[28]) Dafür besonders Oertmann II Anm. 6 a zu § 519, Staudinger II Anm. II, 1 zu § 519 u. Warneyer I Erl. III zu § 519. Dagegen Planck II Bemerk. 2 zu § 519, Dernburg BGB. II § 208 III 5 a. Schollmeyer II, 2 S. 52/53, Enneccerus I § 345 I Abs. 6 und der Kommentar der R. G. R. I Erl. 3 zu § 519, die bei der Feststellung der Priorität stets den Zeitpunkt der Vertragsbegründung zugrunde legen.

[29]) Umgekehrt steht dieser Möglichkeit natürlich kein Hindernis entgegen.

[30]) Entsprechend Oertmann II Erl. 6 a zu § 519, Schollmeyer II, 2 S. 53. Staudinger II Erl. II, 1 zu § 519, Fischer-Henle N. 8 zu § 519, Planck II Erl. 2 zu § 519, Warneyer I Erl. III zu § 519. Jm Gegensatz hierzu wollen Dernburg § 208, III, 5a; Windscheid-Kipp II § 268 Abs. 1d; Enneccerus I § 345 N. 7 u. Kommentar der R. G. R. I Erl. 4 zu § 519 dem Schenker die Kompetenzeinrede nur dann entziehen, wenn jener von ihr dem Nachbeschenkten gegenüber deshalb keinen Gebrauch gemacht hat, um den Erstbeschenkten zu schädigen.

schenkten oder nur gegen den einen oder andern von ihnen geltend zu machen.[31])

Schlußbemerkung.

§ 21.

Die Institution der Rechtswohltat des Notbedarfs für den Schenker auch in der heutigen Gesetzgebung noch eine rechtliche Notwendigkeit.

Bei der Darlegung des Werdegangs des beneficium donatoris im Laufe seiner mehr als anderthalbtausendjährigen Entwicklungsgeschichte haben wir festgestellt, dass dasselbe seine ehemalige Bedeutung in dem umfassenden Rahmen in die neuere Zeit nicht hat hinüberretten können. Die Gründe hierfür liegen in der wesentlichen Besserung der allgemeinen schuldnerischen Lage, die teils auf den Fortfall der drückenden Fesseln der Personalhaft und Infamie zurückzuführen ist, teils auf den Ausbau von gewissen Schutzvorschriften, die den gleichen wirtschaftlichen Zweck verfolgen wie unsere Rechtswohltat. Hierunter sind es besonders die erweiterten Bestimmungen über die Vollstreckungsbeschränkungen in den §§ 811/850 Z. P. O., die den Einfluss des Schenkerprivilegs erheblich herabminderten. Indessen haben diese Neurungen keineswegs vermocht, obige Institution überflüssig zu machen und zu verdrängen. Vielmehr hat jene trotz allem ihren Platz in der modernen Gesetzgebung behauptet und weiter behaupten können, da die Pfändungsverbote wegen ihres öffentlich-rechtlichen Schutzcharakters wohl geeignet sind, die Interessen der Allgemeinheit zu vertreten, nicht aber berechtigten Sonderinteressen zu dienen. Das Vorliegen solcher muss aber auch unter den heutigen Verhältnissen beim Schenker unbedingt angenommen werden. Zwar betrachtet das BGB. die Verpflichtung aus der Schenkung im Gegensatz zur römischen Anschau-

---

[31]) Gleicher Ansicht Schollmeyer II, 2, S. 30; Fischer-Henle Anm. 8 zu § 519, Oertmann II Anm. 6 a zu § 519; Staudinger II Erl. II, 2 zu § 519, Soergel I Erl. 4 zu § 519, Planck II Erl. 2 zu § 519, Warneyer I Erl. III zu § 519. Für eine gleichmässige Behandlung verschiedener Schenkungsgläubiger tritt der Kommentar der R. G. R. I Erl. 3 zu § 519, Enneccerus I § 345 Note 7 und Ritter S. 44 ein; zu noch anderem Ergebnis gelangt Dernburg BGB. II § 208 III, 5 b, der die Zeitigkeit der Klagerhebung entscheiden lässt.

ungsweise unbestritten als ein verum debitum, als eine vollgültige Obligation, aber gleichwohl nimmt dieselbe wegen der Eigenart ihres schuldrechtlichen Aufbaues noch heute eine Ausnahmestellung unter den übrigen Schuldgeschäften ein. Während nämlich letztere durchweg alle auf Wirtschaftlichkeit eingestellt sind, fehlt dieses Prinzip bei der freigebigen Zuwendung vollkommen. Angesichts dieser Tatsache erscheint eine bevorzugte Behandlung des Schenkers nicht nur gerechtfertigt, sondern sogar geboten, falls die Vermögenslage des Schuldners, wie sie beim Vertragsabschluss bestand, sich später wesentlich verschlechtert hat. Während sonst die Billigkeit verlangt, dass rechtmässig entstandene Forderungen erfüllt werden und das Gesetz dem betreffenden Gläubiger im Falle der Weigerung des Verpflichteten gerichtliche Hilfe gewährt, ist es hier umgekehrt angebracht, die Lebensnotwendigkeiten des Schuldners den Jnteressen des Gläubigers voranzustellen und ihm einen über die allgemeinen Bestimmungen der §§ 811/850 Z. P. O. hinausgehenden Schutz angedeihen zu lassen. Ohne diese Möglichkeit würde anders eine fühlbare Lücke vorhanden sein. Diese auszufüllen ist der Zweck der subjektiven Rechtswohltat des Notbedarfs.